

PASIENTSKADELOVEN – ET FREMSKRITT FOR PASIENTEN?

Kandidatnummer: 604
Leveringsfrist: 25.11.2008

Til sammen 15 105 ord

20.11.2008

Innholdsfortegnelse

1 Innledning.....	2
1.1 Temaet for oppgaven.....	2
1.2 Utgangspunktet.....	2
2 Eldre rett.....	3
2.1 Den historiske utviklingen av erstatningsansvaret ved pasientskader.....	3
2.1.1 Culpanormen og arbeidsgiveransvaret.....	4
2.1.2 Ansvar på objektivt grunnlag.....	9
2.2 Den midlertidige ordningen for pasientskader.....	11
3 Gjeldende rett.....	13
3.1 Feilbegrepet.....	14
3.1.1 Er ordet "feil" et alminnelig juridisk begrep?.....	14
3.1.2 Innebærer "feil" subjektivt eller objektivt ansvar?.....	17
3.2 Vil en grunnlidelse medføre at man utelater å ta stilling til om det er feil eller svikt ved helsehjelpen?.....	24
3.3 Har ressursfordelingen betydning for behandling av pasienten?.....	27
3.3.1 Eksempel fra en grå hverdag.....	29
3.4 Innebærer "optimal behandling" et strengere ansvar enn "feil og svikt ved" behandlingen?..	31
3.5 Årsaksforhold – vurderinger av uklare fakta.....	37
4 Slo pasientskadeloven inn åpne dører?.....	38

<u>5</u>	<u>Svensk rett.....</u>	<u>41</u>
<u>6</u>	<u>Til ettertanke.....</u>	<u>47</u>
<u>7</u>	<u>Litteraturliste.....</u>	<u>48</u>

1 Innledning

1.1 Temaet for oppgaven

I denne oppgaven skal jeg se på hvorvidt pasientskadeloven innebærer en forbedring for pasientene. For å belyse dette temaet vil jeg først se nærmere på eldre rett, herunder ansvar på subjektivt og objektivt grunnlag. Deretter vil jeg redegjøre for gjeldende rett, herunder ansvarsgrunnlaget i pasientskadeloven. Avslutningsvis har jeg valgt å ta med svensk rett for å vise hvordan norsk rett kunne ha vært.

1.2 Utgangspunktet

Hovedregelen for å kunne tilkjennes erstatning etter alminnelig erstatningsrett forutsetter at tre vilkår er oppfylt. Det første er at det må foreligge en skade som har gitt et erstatningsmessig tap. Videre må det foreligge et ansvarsgrunnlag, og til sist må det være en årsakssammenheng mellom den ansvarsbetingende handlingen og skaden.¹ Når det gjelder erstatning ved pasientskader har vi en egen lov fra 2001², heretter omtalt som pasientskadeloven. Hovedregelen finner man i pasientskadeloven § 2, litra a. Regelen innebærer at pasienten har krav på erstatning ”når skaden skyldes svikt ved ytelsen av helsehjelp, selv om ingen kan lastes”. Her stadfestes det objektive ansvaret ved at det uttrykkelig heter ”selv om ingen kan lastes”. Dette synes umiddelbart klart, men loven har likevel blitt utgangspunktet for en debatt. Bakgrunnen for debatten var at det i forarbeidene til pasientskadeloven ble foreslått at pasienten skal ha krav på erstatning når skaden skyldes ”feil ved eller svikt i helsetjenesten, selv om ingen kan lastes”³. Dette omtalt heretter som

¹ Ot.prp. nr. 31 (1998/99) kap.3.2

² Lov om erstatning ved pasientskader mv. nr. 53, 15.juni 2001

³ Ot.prp. nr. 31 (1998/99) Kap. Forslag til lov om erstatning ved pasientskader, § 2

feilbegrepet. I det endelige lovutkastet som ble til den bestemmelsen vi har i dag, ble ordet ”feil” erstattet med bare ”svikt ved”.

Noe av bakgrunnen for at begrepet ”feil ved” ble erstattet i det endelige utkastet er at enkelte mener det er noe uklart hva som skal legges til grunn i begrepet. Her kommer spørsmål om det skal foreligge subjektiv eller objektiv skyld inn. På den annen side er det de som mener at begrepet ”feil ved” er klart og tydelig og dermed ikke forstår debatten rundt begrepet.

2 Eldre rett

2.1 Den historiske utviklingen av erstatningsansvaret ved pasientskader

Lov om erstatning for pasientskader 2001 er et resultat av den utviklingen som har skjedd de siste tiår på dette området. Det går fra en tid der pasienten hadde et relativt svakt vern etter den allmenne skyldregelen og arbeidsgiveransvaret, til i dag der loven gir et objektivisert feilansvar eller rent objektivt ansvar for pasientskader. Frem til 1.januar 1988 var det vanlige skadeerstatningsregler som regulerte ansvaret i helsesektoren. Når det her gjaldt personlig ansvar var det den generelle skyldregelen som gjaldt for leger og andre helsearbeidere. Skyldreglen gir rom for et profesjonsansvar ved at man tar utgangspunkt i et bestemt og nokså vidtgående kvalifikasjonskrav. Dette blir da et krav om særskilt høy sakkunnskap som normalt vil skape en streng rolleforventning til lege og helsearbeider i forbindelse om reaksjon mot skaderisiko.⁴

Eldre erstatningsrett begrenset seg til det objektive ansvaret i kun de tilfellene hvor skaden skyldtes en svikt i det tekniske utstyret. Noe Lødrup også bemerker.⁵ Domstolene vek tilbake for å utvikle et mer objektivisert ansvar på området, og det ble stadig vist til at dette

⁴ Nygaard (2007) s.471

⁵ Lødrup (1999) s.235

måtte være en lovgiveroppgave.⁶ Så man kan si det slik at det rene objektive risikoansvaret ikke nådde frem i helsesektoren på ulovfestet grunnlag. Et eksempel hvor Høyesterett har vist til lovgivers oppgave er ”Røntgenstråledommen”⁷. Her sier Høyesterett at ”Det må være en lovgivningsoppgave å vurdere om objektivt ansvar skal innføres for komplikasjoner som behandling av syke har medført”. Høyesterett uttaler også at ”å etablere ansvar uten hensyn til skyld ved adekvat behandlingsmåte, ville føre til store konsekvenser”. Retten har fulgt opp dette i ”Ulnarisnerveddommen”⁸ og i ”HIV-dommen”⁹.

Ved tidligere erstatningsrett var det tre ansvarsgrunnlag som var gjeldene. Man hadde ansvar på subjektivt grunnlag, som her nevnt culpanormen, så var det arbeidsgiveransvaret og til sist det ulovfestede objektive ansvaret.¹⁰ Jeg skal her se nærmere på de ulike ansvarsgrunnlagene og redegjøre for pasientenes mulighet for erstatning ved pasientskader etter eldre rett.

2.1.1 Culpanormen og arbeidsgiveransvaret

Gjeldende rett i Norge før 1988 var at erstatningsansvaret til leger og sykehus ble regulert etter alminnelige erstatningsregler. Men var det slik at pasientenes erstatningskrav for pasientskader førte frem etter de alminnelige erstatningsreglene?

Erstatningsansvaret fulgte den såkalte ”culpanormen”. Culpanormen ble utviklet på ulovfestet grunnlag. Det er en grunnregel som går ut på at den som ved forsett eller uaktsomhet er skyld i at en annen påføres skade, blir pliktig til å erstatte den skadelidtes økonomiske tap. I dette tilfelle menes det at dersom pasienten skal kunne fremme et krav,

⁶ NOU 1992:6, kap.8.5

⁷ Rt.1978 s.482 (s.487)

⁸ Rt.1980 s.1299

⁹ Rt.1990 s.768

¹⁰ NOU 1992:6, kap.3.3.2

er han nødt til å kunne påvise skyld eller uaktsomhet fra sykehusets side. Dette står i kontrast til de reglene vi har i dag om et lovfestet objektivt ansvar, som innebærer at man kan bli erstatningsansvarlig uten hensyn til om den erstatningsansvarlige har utvist skyld. Men ved culpanormen kommer også de øvrige grunnvilkårene i erstatningsretten inn. Det må som nevnt foreligge et ansvarsgrunnlag. Pasienten må være påført en skade, og det må foreligge en adekvat årsakssammenheng mellom skaden og skadevolderens opptreden eller forhold for øvrig. Dette gjenspeiler hvor vanskelig det var for pasientene å kunne bevise at skaden skyldes uaktsomhet fra helsevesenets side. Ved at domstolene vurderte det slik at risikoen for skader som følger av en behandling som er medisinsk indikert og adekvat, bør bæres av pasienten, la de lista høyt for hvem som skulle tilkjennes erstatning. For å kunne fremme et krav forutsetter det noe kunnskap om faktum. Det er ikke lett for en pasient og skaffe til veie nok informasjon for å kunne bevise at helsepersonellet har gjort noe galt, herunder feil. Hvordan skal pasienten kunne bevise at det er blitt gjort en feil? Dette var noe av det utvalget ved NOU 1992:6 la vekt på ved utarbeidelsen av den midlertidige ordningen som la grunnlaget for den pasientskadeloven vi har i dag. De viser til at vurderingen vil oppløse seg i to spørsmål. Det ene er hva som faktisk har funnet sted, og det andre er om dette faktum er å betrakte som uaktsom adferd. Her er det ikke spørsmål om handlingen medførte skaden, men om de faktiske omstendigheter rundt skadeforløpet og vurderingen av dem.¹¹

Ved tidligere rett ville det være av stor betydning for denne ansvarsvurderingen om skadevolderen har opptrådt i strid med en lovbestemmelse. Brudd på slike regler ville bli betegnet som uaktsomt. Men siden det i liten utstrekning har blitt gitt lover og forskrifter som direkte regulerer pasientbehandling, har de i beskjedne grad betydning ved aktsomhetsvurderingen ved pasientskader. Er skaden voldt til tross for at vanlig praksis for pasientbehandling er fulgt, vil det normalt være å anse behandlingen som forsvarlig.¹² En dom som presiserer dette, og som sies å vise gjeldene rett, er ”Røntgenstråledommen”¹³. Dommen gjelder en pasient som har fått sårskader etter røntgenbehandling. Pasienten anla

¹¹ NOU 1992:6, kap.8.5

¹² NOU 1992:6, kap.3.3.2.1

¹³ Rt.1978 s.482 (s.486-487)

erstatningssak mot sykehuset, men fikk ikke medhold. Det ble antatt at det ikke var begått ansvarsbetingende uaktsomhet fra sykehusets side, og det kunne heller ikke statueres ansvar på objektivt grunnlag. Høyesterett uttaler: ”Jeg er således kommet til at skaden ikke kan tilskrives behandlingsfeil av den art som sykehuset kan gjøres ansvarlig for etter skyldregelen”. Dommen viser også at uaktsomhetsansvaret skulle bedømmes strengt. Høyesterett uttaler ”at ikke enhver menneskelig svikt som måtte forekomme under arbeidet med å helbrede sykdommer vil overstige den terskel hvor ansvar for uaktsomhet er på sin plass. En viss margin må det være for uhell hvor et dyktig og ansvarsbevisst personale gjør sitt beste selv om det senere påvises at behandlingen ikke objektivt sett skulle vært gjennomført som skjedd. Særlig må dette gjelde hvor behandlingen i noen grad beror på utøvelse av et skjønn”. Dette viser at Høyesterett legger vekt på dette med feil, men at ikke alt som i etterhånd kan betegnes som feil, vil kunne utløse erstatningsplikt. Høyesterett mener at ”å etablere ansvar uten hensyn til skyld ved adekvat behandlingsmåte, ville føre til store konsekvenser”.¹⁴

Den prinsipielle avgjørelsen fra ”Røntgenstråledommen”¹⁵ om avvisning av objektivt ansvar er fulgt opp i ”Ulnarisnervedommen”¹⁶. I denne dommen krever pasienten erstatning fra sykehuset etter en operasjon som medførte skade på ulnarisnerven som følge av at nerven var blitt utsatt for trykk i forbindelse med en operasjon. Pasienten fikk ikke medhold da det ikke forelå grunnlag for objektivt ansvar. Det var heller ikke sannsynlighetsovervekt for at skaden kunne tilbakeføres til forhold som kunne bebreides personalet som uaktsomhet. Høyesterett uttaler at ”man står overfor spørsmålet om sykehuset uten hensyn til skyld skal gjøres erstatningsansvarlig for skade som påføres en pasient, når den er en følge av en helt ut adekvat behandling. Dette spørsmål ble forelagt Høyesterett i den saken som er gjengitt i Rt-1978-482. Spørsmålet ble besvart benektende, og jeg henholder meg til hva førstvoterende har uttalt om gjeldene rett”.¹⁷

¹⁴ Rt.1978 s.482 (s.487)

¹⁵ Rt.1978 s.482

¹⁶ Rt.1980 s.1299

¹⁷ Rt.1980 s.1299 (s.1304)

Utvalget i NOU 1992:6 viser til at det overveiende antall av saker om erstatning ved pasientskade gjelder krav mot eier av helseinstitusjon etter reglene om arbeidsgiveransvaret.¹⁸ Hovedvilkåret for å kunne fremme ansvar etter denne regelen er at en ansatt, for eksempel en overlege eller hjelpepleier, har forårsaket skaden ved uaktsom opptreden i tjenesten. Når det gjelder arbeidsgiveransvaret er det imidlertid ikke noe vilkår at det kan fastslås hvem av de ansatte som opptrådte uaktsomt.¹⁹ Det er her ansvar for anonyme og kumulative feil kommer inn. Et eksempel fra rettspraksis for såkalte anonyme feil er dommen i RG.1970 s.215. Dommen gjaldt en pasient som var blitt påført sårskade ved røntgenbehandling. Lagmannsretten kom frem til at skaden skyldtes uheldig rutine ved innstillingen av røntgenapparatet og sykehuset ble holdt erstatningsansvarlig selv om det ikke kunne konstanteres hvem som hadde innarbeidet rutinen. Retten fant at det ikke kunne bebreides de behandlende leger noe, men sykehuset måtte holdes ansvarlig for de ved sykehuset som hadde latt rutinen innarbeide.²⁰

Når det gjelder kumulative feil hefter arbeidsgiver for de samlede feil som de ansatte har gjort. Dette er der hver enkelt feil isolert sett ikke kan betegnes som uaktsom, men hvor hendelsesforløpet likevel samlet sett må anses som erstatningsbetingende. Her kan man trekke inn sammenligningen med ”feilbegrepet” som ble foreslått i forarbeidene²¹ til pasientskadeloven. Dersom man skal kunne få erstatning så må en feil være begått. Det virker opplagt at dersom man skal kunne få erstatning fra sykehuset så må de ansatte ha gjort en feil. Det var dette som ble lagt til grunn før den midlertidige ordningen kom i 1988. Men samtidig er det ikke nødvendig å måtte påvise den skyldige, siden arbeidsgiver hefter for anonyme feil. Man må her kunne forstå arbeidsgiveransvaret slik, at så lenge man kan vise til at en feil er blitt begått, men ikke nødvendigvis hvor i behandlingen den har oppstått eller hvem som har ansvaret for den, så skal man kunne fremsette et krav om erstatning. Her kan det fremstå som at man går bort fra det subjektive ansvarsgrunnlaget. Nils Nygaard skrev en bok i 1974, ”Aktløysevurderinga i norsk rettspraksis”, der han blant annet tar opp

¹⁸ Lov om skadeerstatning 13.juni 1969, § 2-1

¹⁹ NOU 1992:6, kap.3.3.2.2

²⁰ RG.1970 s.215

²¹ Disposisjon, kap.1.2, Utgangspunktet

dette med anonyme og kumulative feil. Nygaard knytter sine observasjoner opp mot rettspraksis, og refererer til hva som var gjeldene rett på dette tidspunktet. Nygaard skriver at dersom det er på det rene at en av tjenestemennene i tjenesten burde handlet annerledes så skade kunne vært unngått, er det i og for seg ikke nødvendig å påvise en navngitt person som ”synder”. Spesielt ved store virksomheter og institusjoner ville skadeerstatningsvernet bli uten verdi for den skadelidte dersom det var et vilkår at man må peke ut denne personen. Arbeidsgiveren vil her hefte for såkalte anonyme feil, dette gjelder så vel privat som offentlig sektor.²²

I dag har vi objektive regler som sier at sykehusene skal hefte objektivt for de feil som måtte bli begått av de ansatte. Dette viser at eldre rett er blitt videreført og lovfestet ved pasientskadeloven.

Nygaard skriver videre at når det først og fremst blir feilen og ikke personen som interesserer, får det hele et visst objektivt preg. Men for at arbeidsgiveren skal bli ansvarlig må det nødvendigvis kunne påvises at det er blitt begått en menneskelig feil selv om man ikke kan påvise gjerningsmannen.²³ Dette virker innlysende. En arbeidsgiver hefter for de ansatte, dersom noe uforutsett skulle skje, og de ansatte ikke har noen skyld i det, vil det heller ikke være erstatningsgrunnlag. Man kan her trekke sammenligningen til forarbeidene²⁴ til pasientskadeloven, her vises det til at det skal gis erstatning dersom det foreligger feil ved behandlingen.

Den generelle skyldregelen²⁵ for arbeidsgiveransvaret gjelder også for lege eller annen helsearbeider. Den dekker dermed for såkalte anonyme og kumulative feil som blir begått av helsearbeiderne. Men for at denne regelen skal kunne gjelde må alle være arbeidstakere hos samme arbeidsgiver. Skyldregelen for arbeidsgiveransvaret må legges til grunn ved påstand om personlig skyldansvar. Dersom vedkommende er i andres tjeneste er hans

²² Nygaard (1974) s. 223, 224

²³ Nygaard (1974) s. 223, 224

²⁴ Ot.prp.nr.31 (1998/99), kap.18, til § 2

²⁵ Lov om skadeerstatning 13.juni 1969, § 2-1

arbeidsgiver objektivt ansvarlig etter skadeerstatningsloven. Eksempelvis vil sykehuset bli ansvarlig for den opererende lege. Det er et allment vilkår at den påstått skyldige må ha tilknytning til handlingen. Ved skyldansvaret må det sannsynliggjøres at den aktuelle skaden ville vært hindret eller unngått om legen hadde handlet slik han skulle. ”Feil og forsømming som skal føra til skadebotansvar må framtre som ”et betydningsfullt avvik” frå den grad tryggleik som legeverksemda tek sikte på å gi (sml. Tirrannadommen i Rt.1970 s.1154 på s.1156)”. Når det er klart at en av arbeidstakerne har gjort en feil som fyller kravet til subjektivt ansvar, er det ikke nødvendig å få identifisert selve personen.²⁶

Ut i fra dette kan man slå fast at det sjelden forekom erstatning på grunnlag av subjektiv skyld. Men derimot var det arbeidsgiveransvaret som ble påberopt ved erstatning for pasientskader.

2.1.2 Ansvar på objektivt grunnlag

Objektivt ansvar er blitt utviklet gjennom rettspraksis de siste hundre år. Grunnlaget for det objektive ansvaret var at culpanormen ikke ga tilstrekkelig økonomisk trygghet for skadelidte. Noe av tanken var at dersom man fikk objektivt ansvar ville blant annet virksomheter gjøre det de kunne for å hindre eventuelle skader. Dette skulle virke preventivt. Men fantes det objektivt ansvar for pasientskader ved tidligere rett?

Objektivt ansvar kan innebære en fordel for skadelidte. Dette kan være i tilfelle hvor skaden kan være voldt uaktsomt, men hvor det kan være vanskelig å la seg bevise. Her kommer kravet til årsakssammenheng inn. I erstatningssaker kan det ofte være tvil om faktum. Dette innebærer at det kan settes spørsmålstegn ved skadevolderens opptreden på hendelsestidspunktet. Slik tvil er noe som lett kan tenkes ved pasientskader. Her kan det fort oppstå spørsmål om det er behandlingen eller selve grunnlidelsen som utgjør skadeomfanget. Eller det kan stilles spørsmål ved om det er selve behandlingen som har ført til lidelsen. Her vil det være naturlig å trekke inn feilbegrepet. Slik sett at feil ved behandlingen er en årsaksfaktor ved skaden som pasienten måtte ha pådratt seg. Det kan

²⁶ Nygaard (1992) s.465, 467

også i ettertid være tvil om hvilke undersøkelser som ble gjort, hvor ofte pasienten ble kontrollert og hvilke forutsetninger man hadde med henhold til selve skaden. For å kunne få tilstrekkelig informasjon om dette kan det kreves en viss medisinsk innsikt. Dette er noe pasienter ikke nødvendigvis sitter inne med av kunnskap. At det dermed er pasienten som skal ha bevisbyrden for at en skade har skjedd kan dermed være til ulempe for pasienten.

I rettspraksis er det særlig lagt vekt på om skaden er utslag av en stadig, typisk og ekstraordinær risiko for skade ved den aktuelle virksomhet eller gjenstand. Videre har domstolene foretatt en avveining av ovennevnte legislative hensyn. Er skaden blitt forårsaket av teknisk svikt eller teknisk ufullkommenhet, taler dette for ansvar selv om skaderisikoen ikke kan anses å være stadig.²⁷ Eksempler på at Høyesterett har avvist ansvar på objektivt ansvar er som nevnt tidligere ”Røntgenstråledommen”,²⁸ den avgjørelsen er igjen fulgt opp i ”Ulnarisdommen”²⁹ og ”HIV dommen”³⁰. ”HIV dommen” gjaldt en operasjon på sykehuset hvor det ble foretatt helt nødvendige blodoverføringer til en pasient. Gjennom disse blodoverføringene ble pasienten påført smitte, som hun igjen overførte til sin mann. Erstatningskravene ble ikke tatt til følge verken på subjektivt eller objektivt grunnlag. Retten la til grunn at det ut fra foreliggende praksis ikke kan pålegges objektivt ansvar ved smitte påført under opphold i sykehus. Retten uttaler at ”det må etter dette legges til grunn at man i foreliggende rettspraksis ikke har villet tilstå erstatning på objektivt grunnlag for skader – herunder smitte - påført i forbindelse med behandling i sykehus”.³¹

Tilsvarende i en dom fra Rt.1960 s.1235 fastslo Høyesterett at det ikke gjelder noe alminnelig objektivt ansvar for smitte påført pasienter under opphold på sykehus. Dommen gjaldt påføring av tuberkulose under opphold i militært lasarett. Høyesterett begrunnet avgjørelsen med at ”når sykebehandlingen svarer til de krav man etter vanlig medisinsk

²⁷ NOU 1992:6, kap.3.3.2.3

²⁸ Rt.1978 s.482

²⁹ Rt.1980 s.1299

³⁰ Rt.1990 s.768

³¹ Rt.1990 s.768 (s.776, 777)

standard kan stille og det ikke foreligger noen vesentlig svikt av teknisk eller annet art, kan jeg ikke finne grunnlag for at en pasient skal kunne velte ansvaret for smitte over på sykehuset”. Retten har videre bemerket ” Den mulig økede risiko i sykestuen må anses som en følge av den situasjon pasientens sykdom har ført ham inn i. Det er en risiko han normalt selv må bære og ikke kan velte over på den institusjon som arbeider for å gjøre ham frisk, når behandlingen svarer til de krav som kan stilles”.³² Den reservasjonen som Høyesterett her uttaler ble oppstilt for å kunne fastslå objektivt ansvar. Noe som i de senere dommene har blitt henvist til en lovgiveroppgave.

Med dette kan man slå fast at objektivt ansvar for annet enn teknisk svikt fantes altså ikke før den midlertidige ordningen ble innført.

2.2 Den midlertidige ordningen for pasientskader

Bakgrunnen for den midlertidige ordningen med pasientskader var at regjeringen i januar 1987 vedtok at justisdepartementet skulle utgreie spørsmål om å lovfeste et objektivt skadeerstatningsansvar for behandlingskader i helsevesenet. Hvilke forandringer innebar den midlertidige ordningen for pasientene?

Dette var bakgrunnen for en lovkomite som kom med sitt lovframlegg i NOU 1992:6. I påvente av denne lovreguleringen vedtok regjeringen i januar 1987 at man trengte en midlertidig ordning i mellomtiden for å gi skadelidte et bedre erstatningsrettslig vern og et bedre økonomisk oppgjør. Det var samtidig ment at man skulle kunne unngå de bevisproblem og den fokuseringen som var på enkeltpersoners feil som følge av vanlige erstatningsregler.³³ Fra 1.juli 1992 ble den midlertidige ordningen utvidet. Ordningen inneholdt nå flere alternative ansvarsgrunnlag. Et av utgangspunktene var rent objektivt ansvar. Det var her hovedsakelig objektivt ansvar for fysisk skade ved behandlingsfeil som

³² Rt.1960 s.1235 (s.1239)

³³ Nygaard (1992) s.462

var blitt gjort ved offentlige somatiske sykehus og deres poliklinikker.³⁴ Unntaket var ulykker, der var kravet fortsatt culpa.

Den midlertidige ordningen skulle administreres av Norsk Pasientskadeerstatning – NPE. Bortsett fra de rent administrative oppgavene, fungerer NPE som et sekretariat som mottar, utreder og legger skadesakene frem for Pasientskadenemnda. Nemnda på sin side tar stilling til både om erstatningsvilkårene er til stede og erstatningens størrelse. Rettslig sett er NPE å anse som et forvaltningsorgan, og de vedtak som treffes i skadesaker er å anse som enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand.³⁵ Dette innebar at Pasientskadenemndas avgjørelser var bindende for eiere av sykehusene. Skadelidte kunne derimot prøve innholdet i nemndas avgjørelse for domstolene.³⁶

Utgangspunktet for den midlertidige ordningen var at det skulle ytes erstatning uavhengig av om det var blitt begått en feil eller ikke, så fremt skaden var forårsaket av undersøkelse, diagnostikk, behandling, pleie eller informasjonssvikt.³⁷ Det kan virke innlysende at et slikt erstatningsansvar ikke kan gjennomføres uten reservasjoner. Helt objektivt ansvar ble det derfor ikke. Mange av skadene og tap som en sykdomsutvikling vil føre med seg, må derfor pasienten bære selv. Og det sier seg selv at man ikke kan kreve erstatning for skader som blir nødvendige følger av behandlingen. Lødrup uttrykker det slik ”Hva som i det konkrete tilfelle må aksepteres, vil bero på en rekke faktorer, hvor sykdommens karakter og helbredelsesmulighetene står sentralt.”³⁸. Dette innebærer at man må akseptere en høyere risiko ved alvorlige sykdommer.

Som ellers i erstatningsretten krevdes det ved den midlertidige ordningen årsakssammenheng mellom den skadevoldende handling og skadens inntreden. Det kommer til uttrykk ved bestemmelsen om at skaden må være ”forårsaket” av undersøkelse,

³⁴ Nygaard (2007) s.471, 472

³⁵ NOU 1992:6, kap.4.2

³⁶ Nygaard (2007) s.472

³⁷ Den midlertidige ordning med pasientskader 1988 § 2

³⁸ Lødrup (1999) s.237

diagnostikk, behandling, pleie eller informasjonssvikt.³⁹ Dette innebærer at skaden må være en direkte følge av til eksempel behandlingen. Men det er unntakene i reglenes § 3 som er viktig. I praksis er det disse unntaksreglene som forklarer hva som ligger innenfor ansvarets rekkevidde. Det er derfor ofte disse unntakene som blir drøftet i rettsavgjørelsene, samt nemnds praksis. Utvalget i NOU 1992:6 uttaler om unntakene at ”deres utforming gjør også at det ikke er riktig å si at sykehus m.v. har et objektivt ansvar overfor pasientene”. Samtidig legger de til at ansvaret ikke er betinget av skyld, med dette menes at noen kan bebreides for at skaden er voldt.⁴⁰

Forarbeidene til pasientskadeloven har vist til at ”i praksis har det imidlertid vist seg at aktsomhetsvurderingen etter de midlertidige reglene og etter ellers gjeldende rett er nokså lik”.⁴¹ Dette kan vise at gjeldene rett ble videreført og lovfestet ved den midlertidige ordningen, samt at objektivt ansvar ble innført.

3 Gjeldende rett

Lov om erstatning for pasientskader kom i 2001.⁴² Ved utarbeidelsen av pasientskadeloven ble det lagt til grunn et objektivt ansvarsgrunnlag slik at det nå skulle bli enklere for pasientene å få tilkjent erstatning. Det grunnleggende er at det skal være en feil eller svikt ved helsehjelpen.⁴³ Den såkalte bevisregelen i pasientskadelovens § 2 innebærer at det er pasienten som skal bevise at det foreligger en årsakssammenheng mellom skaden og at det har blitt begått en svikt eller feil ved helsehjelpen. Videre må det så kunne påvises at det er en sammenheng mellom skaden og lovens virkeområde. Lovens virkeområde fremgår av lovens § 1, skaden må være voldt innenfor helsevesenet eller av helsepersonell. Dette

³⁹ Midlertidige regler for offentlige sykehus § 2

⁴⁰ NOU 1992:6, kap.4.4.2

⁴¹ Ot.prp.nr.31 (1998/99) kap.4.4

⁴² Pasientskadeloven 2001

⁴³ Disposisjon kap.1.2, Utgangspunktet

innebærer at det er pasienten som skal kunne påvise at det er skadevolderens adferd som mest sannsynlig har forårsaket skaden, og at skaden mest sannsynlig skyldes denne adferden. Dette er kjent både fra rettspraksis og avgjørelser fra Pasientskadenemnda, samt generell erstatningsrett.

Bevisbyrden er omtalt i en dom fra Lagmannsretten, LB-2006-121530. Her uttaler Lagmannsretten at ”spørsmålet om det foreligger årsakssammenheng må avgjøres ut fra hva som er mest sannsynlig. Hvis det er tvil om hva som er mest sannsynlig, må tvilsrisikoen påhvile den skadelidte, jfr. Rt-2001-320. Lagmannsretten kan ikke se at det på dette punktet gjelder noen andre regler for pasientskadesaker”. ”At pasienten i utgangspunktet har bevisbyrden for faktum i forhold til den aktuelle skadeårsak, fremgår også av NOU 1992:6 side 39”. En avgjørelse fra Pasientskadenemnda som viser tilsvarende er PSN-2007-480. Her uttaler nemnda ”det er pasienten som må sannsynliggjøre at vilkårene for erstatning er oppfylt”.

3.1 Feilbegrepet

3.1.1 Er ordet ”feil” et alminnelig juridisk begrep?

Departementet hadde foreslått ”feil ved eller svikt” i proposisjonen⁴⁴ til pasientskadeloven § 2. Under stortingsbehandlingen av loven ble ”feil” tatt ut, slik at bestemmelsen bare ble stående som ”svikt ved” helsehjelpen. Forslaget til loven blir omtalt som feilbegrepet.⁴⁵ Men er ordet feil et alminnelig juridisk begrep?

Feil er et begrep som brukes i mange ulike sammenhenger. Dersom man søker opp ordet feil i oppslagsverk på internett får man til eksempel at betegnelsen feil betegner en uoverensstemmelse mellom noe og enten sannheten eller en vedtatt standard.⁴⁶ Dette er noe

⁴⁴ Ot.prp.nr.31 (1998/99)

⁴⁵ Disposisjon kap.1.2, Utgangspunktet

⁴⁶ <http://www.wikipedia.org/wiki/Feil>

som også kan vise at begrepet ”feil” har spesifikke betydninger i ulike sammenhenger. Man kan spørre ulike mennesker hva de vil legge i begrepet. Noen vil svare deg at feil er det samme som uriktig, at noe er galt. Legger man feil i betydningen ”noe er blitt gjort feil” vil man få til svar at noe er blitt gjort som i utgangspunktet ikke skulle vært gjort. Uten å tenke seg om legger de det subjektive til grunn. Noen har gjort en feil.

Asbjørn Kjønstad har skrevet en artikkel i boken ”Medisinske feil”⁴⁷, kalt ” Medisinske feil i erstatningsrettslig og helserettslig perspektiv”. Kjønstad gjør her rede for flere sammenhenger hvor begrepet ”feil” møter oss i samfunnet. Han tar eksempler fra matematikken, medisin og humanistiske fag. For matematikkens del blir begrepet feil ofte knyttet til konkrete ting som til eksempel en fasit. Fasiten viser oss når noe er feil og når noe er riktig. Begrepet blir da stående som noe konkret.⁴⁸ Dette er noe de fleste av oss tar som en selvfølge. Er man usikker i slike tilfeller vil man ty til fasiten, der forventer vi at den skal fortelle oss hva som er riktig.

Videre skriver Kjønstad at begrepet knyttes til naturvitenskapelige spørsmål som det kan gis et mer eller mindre klart riktig svar på når det gjelder medisin. Til sist nevner han humanistiske fag. Der kommer begrepet feil først og fremst frem ved grammatiske feil i språket og ved feil årstall i historien. Alle disse eksemplene peker mot betydningen av noe som kan påvises og som er konkret. Men så mener Kjønstad at ”begrepet feil hører ikke til de juridiske grunnbegrepene” Han legger til at det sjelden forekommer i lovgivning og i Høyesteretts dommer, og at begrepet derfor heller ikke er særlig fruktbart som juridisk analyseredskap.⁴⁹

Kjønstad får støtte i sine argumenter av Aslak Syse. Syse har skrevet en annen artikkel⁵⁰ i boken ”Medisinske feil”⁵¹ hvor han blant annet tar opp bruken av ordet feil i henhold til

⁴⁷ Medisinske feil

⁴⁸ Medisinske feil, s. 60

⁴⁹ Medisinske feil, s. 60

⁵⁰ Medisinske feil – begrepsbruk, perspektiver og utsyn

⁵¹ Medisinske feil

pasientskadeloven. Syse trekker frem eksempler på bruken av ordet feil i sosialrettslige sammenhenger. Dette kan være i sammenhenger som ved feildiagnose, feilbehandling, feil oppfølging, feil medisin osv. Her legger Syse til at ordet feil, som opprinnelig er et substantiv, i dag brukes som et adjektiv.⁵²

I juridisk språkbruk mener Syse at ordet feil er et ord som i en etterfølgende vurdering ofte karakteriserer noe som å avvike fra en norm. Han trekker frem eksempler som feil i saksbehandling, feil i bevisvurdering, feil faktum lagt til grunn mv. Medisinske feil blir her da en vurdering av behandlingsforløp eller hendelsesforløp som avviker vesentlig fra det normale eller fra en fastsatt norm, ofte kalt retningslinjer. Syse understreker her at ordet feil ikke er et vanlig brukt ord i erstatningsretten og viser til Kjønsstad sin artikkel⁵³.⁵⁴ Syse uttaler at lovforslaget i Ot.prp. nr. 31(1998/99) ”har altså valgt en annen, og etter mitt syn noe uheldig, tilnærming til feil-begrepet på helserettens område”. Videre skriver han at begrepet ikke er alminnelig brukt, og at det heller ikke er et hensiktsmessig juridisk begrep, verken i erstatningsrettslig eller helserettslig sammenheng.⁵⁵

Syse skriver videre at erstatningsansvaret ikke er entydig knyttet til at det er begått feil, ”Men dersom påvisbare feil er begått, vil det i utgangspunktet foreligge et erstatningsansvar”.⁵⁶ Dette er klart og allment kjent. De færreste ville stille spørsmål om man kan kreve erstatning dersom det foreligger en bevisbar feil. Syse legger her til at om det foreligger erstatningskrav også må sees i sammenheng med om feilen har vært årsak til et økonomisk tap eller en medisinsk invaliditet av en viss varighet og størrelse.⁵⁷ Dette kan føre til litt forvirring. Så med andre ord vil man likevel kunne si at begrepet feil forekommer i erstatningsretten. Da vil det være naturlig å tro at man også kunne si at ordet

⁵² Medisinske feil, s. 19

⁵³ Asbjørn Kjønsstad, Medisinske feil i erstatningsrettslig og helserettslig perspektiv

⁵⁴ Medisinske feil, s. 19

⁵⁵ Medisinske feil, s.23

⁵⁶ Medisinske feil, s.38

⁵⁷ Medisinske feil, s.38

feil er vanlig brukt, ved at man kan fremme et erstatningskrav dersom det påvises feil. Her fremstår Syse sine argumenter som noe uklare.

Syse skriver at når det gjelder bruken av begrepet feil i vanlig språkbruk, brukes det mest ”dersom det finnes et visst – mulig eller inntrådt – skadepotensial, og det kan brukes både av pasient og behandler”.⁵⁸ Er det ikke nettopp det som blir gjort da? Pasienten påberoper seg feil ved behandlingen og krever dermed erstatning. Det må være logisk å bruke et begrep som er alminnelig kjent i vanlig språkbruk. Hvordan skal ellers pasienten kunne få uttrykke seg lettest og klarest mulig? Det mest naturlige ville her være å legge den alminnelige forståelse til grunn, da vil man slippe misforståelser.

For å kunne ilegge ulike straffereaksjoner mener Syse at feil i juridisk forstand er et nødvendig vilkår. Her blir da grensen mellom feil og ikke-feil helt sentral. Der det er snakk om strafferettslig ansvar er det klart at feil-vurderinger vil stå helt sentralt, men at begrepet ikke brukes i utgangspunktet.⁵⁹ Her kan man lett bli forvirret. Feil i juridisk forstand er et nødvendig vilkår, men i utgangspunktet brukes ikke begrepet. Jeg blir her usikker på hva Syse mener. Dersom noe er et nødvendig vilkår vil det være naturlig at man også bruker begrepet. Man skulle tro at siden begrepet brukes i juridisk sammenheng vil det også fremstå som et juridisk begrep.

3.1.2 Innebærer ”feil” subjektivt eller objektivt ansvar?

Som nevnt tidligere foreslo departementet i proposisjonen⁶⁰ til pasientskadeloven at det skal kunne fremmes krav om erstatning dersom det foreligger ”feil ved eller svikt” i helsetjenesten. Dette innebærer at dersom det ikke er skjedd noen ”feil”, og det ikke foreligger et annet ansvarsgrunnlag, vil en pasient ikke ha krav på erstatning selv om vedkommende er kommet til skade. Feilbestemmelsen er en skjerpelse av

⁵⁸ Medisinske feil, s. 19

⁵⁹ Medisinske feil, s.37, 38

⁶⁰ Ot.prp.nr.31 (1998/99)

uaktsomhetsregelen i gjeldende erstatningsrett. Men hva blir lagt til grunn? Er det slik at til tross for et objektivt ansvar vil man lete etter subjektive feil?

Utvalget var opptatt av at ansvaret burde objektiviseres, men de foreslo ikke rent objektive ansvarsregler. De viser til at selv om ansvaret i utgangspunktet objektiviseres, så må det forankres i at det er skjedd noe irregulært.⁶¹

Syse mener at det å begrense begrepet ”feil” byr på problemer. Han viser igjen til oppslagsverk som leksikon. Disse knytter begrepet opp mot matematiske begreper. Med dette slår Syse fast at begrepet feil i oppslagsverk blir betraktet som objektivt forekommende fenomener som bør klarlegges ved å fastlegge målemetodens nøyaktighet, mulige feilkilder mv. Han viser til at feil av denne typen daglig forekommer i medisinen. Eksempler på dette kan være tolkninger av et røntgenbilde.⁶² Kjønstad skriver at når det skal foretas en juridisk vurdering av medisinsk behandling vil det være de alminnelige rettsnormene som gjelder i samfunnet, som vil komme til anvendelse.⁶³ Men knytter man ikke nettopp medisin opp mot erstatning ved pasientskader? Dersom det daglig forekommer ved til eksempel slike tolkninger, vil det også være naturlig å legge det objektive til grunn dersom det skulle bli spørsmål om erstatning. Det er lett å oppfatte Kjønstad som litt selvmotsigende når han trekker frem at begrepet kan benyttes om objektive overtredelser av lov eller forskrifter. Og om objektive brudd på såkalte anerkjente prinsipper for medisinsk behandling.⁶⁴ Det er jo nettopp i medisinsk sammenheng at det har blitt foreslått et ”feilbegrep” ved behandling av pasienter. Hvorfor kan man ikke bruke begrepet i dette tilfelle også?

For å komme så nær mulig begrepet feil i de juridiske grunnbegrepene mener Kjønstad at man vil havne på begrepet ”culpa”. Culpanormen er en rettslig standard som ikke kan gis en klar definisjon, men som utvikler seg i takt med endringer i samfunnsforhold, ny

⁶¹ Ot.prp.nr.31 (1998/99)

⁶² Medisinske feil, s.21

⁶³ Medisinske feil, s.60

⁶⁴ Medisinske feil, s.78

teknologi, nye etiske krav og lignende.⁶⁵ Forarbeidene har på sin side lagt til grunn at handlingene til leger og annet sykehuspersonell fremdeles skal sammenliknes med det som er vanlig god praksis i vedkommende yrkesgruppe selv om uaktsomhetsregelen skjerpes. De begrunner hvorfor de har brukt ordet feil i stedet for eksempelvis "uaktsomhet". De legger til grunn at ordet "feil" innebærer at terskelen for hvilke handlinger som skal utløse ansvar skal være lavere enn i den alminnelige erstatningsrett. Og at det med dette markerer en grense som ligger nær opptil uttrykket "adekvat" som gjelder i de midlertidige reglene. Ved å bruke begrepet "feil ved eller svikt" skal det markere at terskelen for hvilke handlinger som skal kunne karakteriseres som utaktsomme skal være forholdsvis lav.⁶⁶

Erik Røsæg mener at "både feil og svikt er vanlig forekommende uttrykk i forbindelse med en tradisjonell juridisk skyldvurdering, og at det ikke er nødvendig å påvise personlig skyld hos noen for å kunne kreve erstatning etter skyldregelen". Røsæg var selv involvert ved utarbeidelsen av proposisjonen⁶⁷ i henhold til pasientskadeloven. Han mener at det må kunne godtas at det må konstanteres feil for å skille mellom de erstatningsberettigede og de ikke erstatningsberettigede tilfellene.⁶⁸ Dette gjenspeiler at det bare er de friskeste som i utgangspunktet får erstatning, og ikke de sykeste som legene ikke under noen omstendigheter kunne hjelpe.

Syse mener at det i feil begrepet mangler et nødvendig krav om at det også må foreligge en subjektiv feilvurdering eller feilbehandling. Syse viser til ordbøker der det pekes på at substantivet "feil" både har en subjektiv og en objektiv side. Her mener han at forståelsen av begrepet blir avhengig av i hvilken sammenheng det blir brukt.⁶⁹ Forarbeidene på sin side viser til at feilregelen er objektivisert i den forstand at den utelukker subjektive unnskyldningsgrunner. Og viser til at dette skal gjelde uansett om noen kan klandres for

⁶⁵ Medisinske feil, s.60

⁶⁶ Ot.prp.nr.31 (1998/99)

⁶⁷Ot.prp.nr.31 (1998/99)

⁶⁸ Erik Røsæg, Pasientskadeloven – siste stikk til pasienten?

⁶⁹ Medisinske feil, s.22

situasjonen. Her kommer det vesentlige inn, det skal være helsevesenet og ikke pasienten som skal bære risikoen.⁷⁰

Kjønstad kritiserer også feilbegrepet ved at det blir uklart hvilken skyldgrad som skal legges til grunn. Han mener at begrepet er av en ukjent, upresist og uberegnelig størrelse.⁷¹ Videre skriver han at begrepet feil kan brukes i to hovedbetydninger. Det første er at begrepet kan benyttes om objektive overtredelser av lover og forskrifter, og om objektive brudd på såkalte anerkjente prinsipper for medisinsk behandling. Han understreker her at det i tillegg kreves et subjektivt klanderverdig forhold for at handlingen skal kunne stemples som uforsvarlig. Når det gjelder den andre betydningen vil begrepet kunne benyttes om summen av alt som er utillatelig, uriktig og/eller uforsvarlig i helsevesenet. Det vil da bli stående som et resultatbegrep.⁷²

Syse mener at bruken av ordet ”feil” byr på problemer og viser til at begrepet nesten ikke ble brukt i 4 helselover som ble vedtatt i 1999. Samtidig påpeker han at der hvor begrepet forekommer ”så skal det forstås mest som et objektivt konstaterbart fenomen, uten at det kreves subjektive forhold til å forklare dette”. I forhold til de andre helselovene mener han at bruken av begrepet i lovforslaget til pasientskadeloven blir en sterk motsetning.⁷³ Dette kan virke noe forvirrende. Dersom det skal forstås som et objektivt fenomen uten at det kreves subjektive forhold i disse helselovene vil det være naturlig å legge samme forståelse til grunn ved pasientskadeloven.

Røsæg mener det er naturlig å forstå feilbegrepet slik at det skal foreligge objektivt ansvar og at man derfor ikke trenger å presisere dette. Røsæg påpeker at skyldansvar lenge har vært tildelt etter risikobetraktninger og at ”det er vel kjent at virksomheter (som et sykehus) kan få ansvar selv om skadevolderen er ukjent (anonyme feil)”. De kan også få ansvar av den samlende effekt av flere feil som i seg selv ikke er ansvarsbetingende (kumulative feil)

⁷⁰ Ot.prp.nr.31 (1998/99)

⁷¹ Medisinske feil, s.60

⁷² Medisinske feil, s.77, 78, 79

⁷³ Medisinske feil, s.22, 23

og de kan få ansvar for en uforsvarlig ordning.⁷⁴ Dette er noe Syse ser seg enig i. Han sammenligner ansvarsgrunnlaget med det tradisjonelle arbeidsgiveransvaret, der erstatningsansvaret gjelder for såkalte anonyme og kumulative feil.⁷⁵ Ut i fra dette kan det virke som om Syse mener at det likevel ikke behøver å vise til subjektiv skyld.

Peter Lødrup, som også var leder av Utvalget ved utarbeidelsen av NOU 1992:6 Erstatning ved pasientskader, mener at feilbegrepet rettelig forstått ikke innebærer noen skyldvurdering, og at det heller ikke kan gi grunnlag for noen innskrenkende tolkning av begrepet ”svikt”. Han mener også at det er karakteristisk at begrepet ”svikt” er blitt definert som et objektivt ansvar for feil handlemåte.⁷⁶ Syse på sin side mener at bruken av feilbegrepet i pasientskadeloven innebærer at begrepet som i de øvrige helselovene har stått som et objektivisert feilbegrep og stort sett har blitt brukt som et adjektiv, nå blir stående som et substantiv. ”Her er det lett å misforstå feil-begrepet med et innebygd krav til en form for subjektiv skyld.” Videre mener Syse at ”Mens begrepet ”svikt i” her peker mot det mer objektiviserte ansvarsgrunnlaget, vil ”feil ved” lettere peke mot det subjektive klanderverdige som kan tillegges ett eller flere helsepersonell”. Syse er her enig med Kjønstad om at dette er en ”videreføring av kravet til subjektiv skyld i tradisjonell erstatningsrett, også kalt culpanormen.”⁷⁷ For meg virker det som om Syse problematiserer dette litt. Lovforslaget lyder ”feil ved eller svikt i helsetjenesten, selv om ingen kan lastes”. Det står uttrykkelig at det ikke behøver å foreligge subjektiv skyld. Slik man leser lovforslaget er det naturlig at man forstår det dit hen at det ikke er nødvendig at subjektiv skyld foreligger.

Erik Røsæg mener at uttrykket ”feil” kommer klart frem i proposisjonen⁷⁸ til pasientskadeloven. Han skriver i sin artikkel⁷⁹ at det må være begått en ”feil” for at

⁷⁴ Erik Røsæg, Pasientskadeloven – siste stikk til pasienten?

⁷⁵ Medisinske feil, s.23

⁷⁶ Lødrup (2006) s.208, 209

⁷⁷ Medisinske feil, s.22, 23

⁷⁸ Ot.prp.nr.31 (1998/99)

⁷⁹ Erik Røsæg, Pasientskadeloven – siste stikk til pasienten?

pasienten skal kunne ha krav på erstatning. Dette uttrykker han ved ”for er det ikke begått noen feil, har pasienten ikke krav på erstatning”. Videre skriver han at pasienten ikke har et krav på å bli frisk, men derimot et krav på å unngå feilbehandling. Dette kan gjenspeile allmenn oppfatning, man kan ikke kreve at man skal bli frisk, men man har derimot krav på at helsepersonellet yter sitt beste. Har helsepersonellet gjort alt de kan, fulgt alle retningslinjer, og pasienten likevel ikke har blitt frisk, vil pasienten ikke kunne fremsette noe erstatningskrav om at det er skjedd en ”svikt ved” behandlingen. Det er når det skjer noe som ikke skal skje eller burde vært unngått at erstatning kan bli aktuelt. Dette kan igjen knyttes opp mot at det må være begått en feil.

Dette må igjen kunne føres tilbake til en feil eller en handlingsmåte som burde vært annerledes. Ansvar et må i utgangspunktet knyttes til at det har skjedd en feil eller svikt selv om ingen kan lastes for den. Utvalget tok utgangspunkt i de forventninger pasienten må kunne stille til helsevesenets behandling. De mener at dette danner grunnlaget for et utvidet vern i forhold til alminnelige erstatningsregler. Det blir understreket at det ikke er naturlig å verne de forventninger som går lengre enn at helsevesenets skal yte sitt beste.⁸⁰

Peter Lødrup, som også var leder av Utvalget ved utarbeidelsen av NOU 1992:6 Erstatning ved pasientskader, skriver ”at et objektivt ansvar uten reservasjoner vil føre altfor langt – mange av de skader eller tap som en sykdomsutvikling vil føre med seg, må pasienten selv bære de økonomiske følgene av”.⁸¹

Røsæg mener at det er viktig at en prosessuelt knytter ansvarsgrunnlaget opp mot den alminnelige erstatningsrett.⁸² Med dette understreker han at ansvarsgrunnlaget ikke er av en annen art i pasientskadeloven enn i den alminnelige erstatningsrett, men forutsetningen er at pasientkravene lettere skal kunne føre frem enn andre krav. Lødrup viser til at det

⁸⁰Ot.prp.nr.31 (1998/99)

⁸¹ Lødrup (2006) s.208, 209

⁸² Erik Røsæg, Pasientskadeloven – siste stikk til pasienten?

selvsagt ikke kan kreves erstatning for skader som er nødvendige følger av behandlingen. Ingen har noe rettskrav på å bli frisk eller at en operasjon blir vellykket.⁸³

Kjønstad mener at man i forarbeidene til pasientskadeloven ”går et skritt videre”, og at man går utover det som tidligere har blitt lagt til grunn. Han mener at det fremstår som ”usikkert om det her bare kreves en objektiv overtredelse, eller om det også kreves subjektivt klanderverdig forhold av en helsearbeider for at ansvar skal kunne ilegges”. Med dette styrker han sine påstander om at feilbegrepet er uklart og at det er betenkelig å erstatte det innarbeidede begrepet culpa/uforsvarlig med et objektivt og/eller objektivisert feilbegrep⁸⁴.

Nå skal det kort nevnes at begrepet ”feil ved” ble tatt ut i det endelige lovforslaget til pasientskadeloven. Sosialkomiteen har understreket at det er skaden og skaderesultatet som skal være avgjørende for om pasienten får erstatning, og ikke om det kan påvises at enkeltpersoner har gjort feil eller utvist uaktsomhet. Komiteen understreker at terskelen for hvilke handlinger som skal utløse ansvar skal være lavere enn i den alminnelige erstatningsrett.⁸⁵ Dette er noe alle de øvrige debattantene har sett seg enige i.

Sosialkomiteen på sin side er opptatt av at det skal være et objektivt ansvar, og mener derfor at ordet ”feil” kan innebære at det legges subjektiv skyld til grunn, og de ønsker ikke at det her skal bli en skyldvurdering.⁸⁶ Her vil jeg kort nevne at ordet feil er blitt beholdt i pasientskadeloven § 3. Her heter det at dersom årsaken til en skade på en pasient mv, ”skal det normalt antas at skaden skyldes feil eller svikt ved ytelsen av helsehjelp”. Man kan her undre seg over hvorfor de valgte å beholde uttrykket i § 3, men ikke i § 2. Det vil være naturlig å legge den samme forståelsen til grunn ved begge bestemmelsene.

⁸³ Lødrup (2006) s.208, 209

⁸⁴ Medisinske feil, s.77, 78, 79

⁸⁵ Innst.0.nr.68 (2000-2001) Komiteens merknader

⁸⁶ Innst.0.nr.68 (2000-2001) Komiteens merknader

3.2 Vil en grunnlidelse medføre at man utelater å ta stilling til om det er feil eller svikt ved helsehjelpen?

Ofte vil det være en grunnlidelse som er årsaken til en sykdomsutvikling. Da kan man stille spørsmål ved om det er grunnlidelsen som er årsaken til problemene eller om det er feil eller svikt i helsetjenesten som har oppstått uavhengig av den dokumenterte grunnlidelsen. Man kan da stille spørsmål ved om grunnlidelsen medfører at feil og svikt i helsetjenesten blir stående i skyggen ved at det ofte bare blir vist til grunnlidelsen. Innebære dette at feil og svikt ved helsehjelpen ikke blir drøftet?

Departementet valgte begrepet ”feil ved og svikt” fordi ”det markerer en grense som ligger nær opptil uttrykket adekvat”.⁸⁷ Dette innebærer at feil eller svikt ved behandlingen skal kunne sammenlignes med om behandlingen har vært adekvat. Uttrykket adekvat er undertiden brukt i de midlertidige reglene for pasientskader. Samtidig vil den medisinske vitenskap til enhver tid sette grenser for hva som kan helbredes. Faktorer som her kan spille inn er som nevnt tidligere medisinsk kunnskap og bevilgninger. Forarbeidene sier her ”at den medisinske vitenskap setter grenser for hva som kan helbredes, må også være pasientens risiko”.⁸⁸

Et prinsipielt syn som har blitt lagt til grunn ved loven er ”at en pasient må ha krav på at den behandling han eller hun blir underkastet, er den best mulige ut fra de gitte forutsetninger. Det er hvor behandlingen ikke har tilfredsstillet dette kravet, at skadefølgene bør være erstatningsbetingende. En behandling skal som hovedregel ikke gi rett til erstatning hvor det som er mulig å gjøre, har vært gjort for pasienten.”.⁸⁹ Her kommer også behandlingen hvor grunnsykdommen vil kunne være en årsak til skaden inn. Det er presisert i forarbeidene at ”følgene av grunnsykdommen må bæres av pasienten selv”. Dette innebærer at helsevesenet ikke kan påta seg noen garanti for at sykdommen eller skaden blir helbredet, og det vil dermed ikke bli utbetalt erstatning hvor dette ikke blir resultatet. Dette vil også innebære at uansett hvor alvorlige følgene av grunnsykdommen

⁸⁷ Ot.prp.nr.31 (1998/99) kap.11.4.2

⁸⁸ NOU 1992:6, kap.9.3.1

⁸⁹ NOU 1992:6, kap.9.3.1

er, må naturligvis pasientene bære denne risikoen. Slik man leser og forstår forarbeidene innebærer dette at ved tilfeller hvor behandlingen kan sies å ikke lykkes vil ikke pasienten kunne fremme noe erstatningskrav. Dette vil være selv om skadefølgene står i sammenheng med behandlingen av pasienten. Forarbeidene legger vekt på at skader som oppstår i sammenheng med behandling for å hindre at pasientens tilstand forverres, heller ikke kan falle inn under retten til å kunne kreve erstatning.⁹⁰

Skader som følge av grunnlidelsen kan sammenlignes med at skadeårsaken kommer utenfra. Dette innebærer at det ikke er noen direkte sammenheng mellom skaden og pasientens grunnsykdom. Eksempler kan være smitte og alminnelige uhell som skjer innen sykehusets område. ”Slike uhell kan skje hvorsomhelst; de er ikke særpreget for behandlingssituasjonen”.⁹¹

Et eksempel fra Lagmannsretten er RG.2003 s.1441, det uttaler retten at ”skal erstatning gis, må det først og fremst foreligge en skade på pasienten. Det er ikke skade når det tilsiktede resultat ved behandlingen ikke oppnås, dvs. når pasienten ikke kureres for grunnsykdommen”.

Pasientskadenemndas vedtak fra PSN-2006-261 ga heller ikke pasienten krav på erstatning. Saken gjaldt en pasient som krevde erstatning for anført forverrede smerteplager etter operasjon og følgeskader i form av nedsatt livskvalitet, søvnløshet og depresjoner. Pasientskadenemnda uttaler her at ”det fremstår som mest sannsynlig at pasientens forverrede smerteplager er en følge av grunnlidelsen med et utslitt kne, og ikke et resultat av sykehusets behandling”. Så viser de til den sakkyndiges uttalelse. Pasienten har i sine anførsler lagt vekt på mangelfull behandling. Dette burde være en ”svikt ved” behandlingen som skulle føre til erstatning. Dette er noe som ikke blir drøftet i nemndas avgjørelse. Den sakkyndige uttaler at han ikke kan ”finne at det er gjort feil eller at pasienten har fått mangelfull utredning eller behandling”.

⁹⁰ NOU 1992:6, kap.9.3.1

⁹¹ NOU 1992:6, kap.9.3.1

Et annet eksempel fra nemnds praksis er avgjørelsen av PSN-2007-318⁹². Avgjørelsen gjaldt feilbehandling i forbindelse med skulderoperasjoner. Nemnda skulle ta stilling til om det forelå skade som følge av svikt ved sykehusets behandling. De begrunner avgjørelsen slik ” Etter nemndas oppfatning skyldes ikke pasientens smerteplager svikt ved ytelsen av helsehjelp. Nemnda legger til grunn at behandling har vært i tråd med alminnelige retningslinjer og prinsipper og viser i denne forbindelse til den medisinske uttalelsen fra spesialist i ortopedisk og generell kirurgi Anders Walløe”. Her kan man fort sitte igjen med et lite spørsmålstegn etter å ha lest avgjørelsen, og spørre seg hvordan de kom frem til denne konklusjonen. Den sakkyndige i denne avgjørelsen har uttalt at hans oppfatning er at det er grunnlidelsen som mest sannsynlig er årsaken til smerteplagene. Dette til tross for at pasienten anfører at det på røntgenbilder fremkommer at det ligger igjen noe slagg og en liten beinsplint i operasjonsområdet. Men dette var tydeligvis ikke ”svikt ved” helsehjelpen, selv om det ikke blir drøftet i avgjørelsen. Behandlingsstedet har uttalt at de ikke kan se at pasienten har blitt feilbehandlet. Ut ifra det kan man forstå det dit hen at det må være begått en feil for at de selv skal kunne se seg som erstatningspliktige.

Pasientskadenemnda har en litt annen formulering i avgjørelsen fra PSN-2006-693. Avgjørelsen gjelder en pasient som har fått medhold i at hun har krav på erstatning for halvparten av feilstillingen og smerteplagene ved et håndleddsbrudd. Nemnda skal her ta stilling om hun har en mer omfattende skade som følge av svikt ved behandlingen. I Pasientskadenemndas vurderinger blir det vist til den sakkyndige i saken, og dermed uttalt at ”Pasienten hadde et alvorlig knusningsbrudd, og det var således stor risiko for at hun ikke ville fått et fullgodt sluttresultat, selv med optimal behandling”. De legger dermed til grunn at skaden mest sannsynlig er en følge av behandlingen. Men at det avgjørende i vurderingen må være hvordan pasientens sluttresultat ville blitt dersom behandlingsskaden var borte. De legger så vekt på at behandlingen ikke har noe å si likevel. Dette kan virke litt forvirrende, og nemndas avgjørelse kan virke noe uklart begrunnet. Pasienten fikk ikke erstatning.

⁹² PSN-2007-318

I de avgjørelsene hvor begrunnelsene er svake kan det fort virke som at grunnlidelsen er årsak uansett hva som har skjedd under behandling av pasienten. Når man da leser avgjørelsen vil man kunne sitte igjen med en følelse av at det ikke blir tatt stilling til om det er feil eller svikt ved helsehjelpen fordi grunnlidelsen er den mest sannsynlige årsak.

3.3 Har ressursfordelingen betydning for behandling av pasienten?

I følge Pasientskadeloven § 2 annet ledd skal det ”tas hensyn til om de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten på skadetidspunktet er tilsidesatt”. Her blir det presisert i lovteksten at ”utilstrekkelige ressurser skal ikke medføre ansvar dersom ressursfordelingen har vært forsvarlig og virksomheten i alminnelighet holder en forsvarlig standard”. Vil dette medføre at en pasient vil få dårligere behandling på et sykehus hvor ressursene er mindre? Dette samtidig som at det ikke skal medføre noen feil eller svikt ved behandlingen?

Her kan man legge til det som også har blitt nevnt tidligere⁹³, pasienten har ikke noe rettskrav på å bli frisk. Derimot vil pasienten kunne forvente at helsepersonellet yter sitt beste. Dette er uttrykt slik i forarbeidene ”pasientens forventning må fastlegges ut fra det nivået norsk helsevesen befinner seg på til enhver tid når det gjelder medisinsk kunnskap og bevilgninger”. Det er også uttalt ”en behandling skal som hovedregel ikke gi rett til erstatning hvor det som er mulig å gjøre, har vært gjort for pasienten”.⁹⁴ Her vil man kunne stille spørsmål ved om ressursfordelingen vil kunne ha en betydning for hva slags behandling en pasient må kunne kreve.

Ved utarbeidelse av loven ble det lagt vekt på ”de forventninger som pasienten må kunne stille til helsevesenets behandling av ham eller henne”. Utvalget presiserer her at det er brudd på disse forventninger i form av skader og lignende som det skal kunne være aktuelt

⁹³ Disposisjonen s.21

⁹⁴ Ot.prp.nr.31 (1998/99) kap.11.2

å kreve erstatning for.⁹⁵ Proposisjonen⁹⁶ legger også til grunn at ”pasientens forventning må fastlegges ut fra det nivået norsk helsevesen befinner seg på til enhver tid når det gjelder medisinsk kunnskap og bevilgninger”. Med dette kan man slå fast at man ikke kan tenke hypotetisk når det gjelder behandlingen. Det er hele tiden det konkrete og kjente man vil legge til grunn. Men hva hvis det sykehuset man blir behandlet på ikke har det helt oppdaterte og nyeste utstyret? Eller hva med spesial kompetanse? Det kan tenkes at ikke alle sykehus sitter inne med den samme spesialkompetansen.

Det er sagt klart i loven at ”utilstrekkelige ressurser skal ikke medføre ansvar”⁹⁷. Dette er noe det er lagt vekt på både ved NOU 1992:6 og Ot.prp.nr.31 (1998/99). Feil som oppstår på grunnlag av helsevesenets begrensede ressurser vil derfor ikke kunne gi grunnlag for erstatning. På den annen side skal ressursene ikke være under en såkalt minstestandard. Det kommer frem av forarbeidene at ”den minimumsstandarden der er tale om, ligger vesentlig lavere enn det som er vanlig i det norske helsevesenet i dag”.⁹⁸ Dersom en pasient skulle bli sendt hjem for tidlig fra sykehuset på grunn av ressursmangel vil det ikke foreligge noe erstatningsgrunnlag. Dette gjenspeiler at det er myndighetene som setter rammene for sykehusene og dersom det skulle bli gitt for små bevilgninger vil ikke dette påføre sykehuset ansvar.⁹⁹ Det finnes flere avgjørelser fra Pasientskadenemnda som gjenspeiler dette. Et eksempel er PSN-2006-158. De viser her til at utilstrekkelige ressurser ikke skal ”medføre ansvar dersom ressursfordelingen har vært forsvarlig og virksomheten i alminnelighet holder en forsvarlig standard”. Man kan tolke dette dit hen at det til eksempel forutsettes at sykehusene i Norge i dag dermed ikke vil kunne komme under denne minstestandarden. Det kan derfor virke som at dette er noe pasienten sjelden vil kunne påberope seg. Man kan derimot stille spørsmålet litt annerledes ved å spørre om det vil kunne gi rett til erstatning dersom ressursene er brukt feil? Det er stadig vist til ved lover og forarbeider at begrensede ressurser ikke skal kunne føre til erstatning. Men kan det tenkes at

⁹⁵ NOU 1992:6, kap.9.3.1

⁹⁶ Ot.prp.nr.31 (1998/99) kap.11.2

⁹⁷ Pasientskadeloven § 2, 2.ledd

⁹⁸ Ot.prp.nr.31(1988/99) kap.18

⁹⁹ NOU 1992:6, kap.13

ressursene er brukt galt? Logisk tenkt ville dette kunne føre til erstatning. Man skulle tro at dersom ressursene er brukt galt så ville dette kunne anses som en feil. I tilfeller hvor det har vært ” mangelfull informasjonsinnhenting ” vil det kunne bli snakk om at sykehuset kan bli erstatningsansvarlig. Dette fremgår av forarbeidene.¹⁰⁰

Når det gjelder hvilke krav pasienten skal kunne stille til helsehjelpen, vil disse kunne tenkes å variere etter omstendighetene. Det vil være naturlig å forstå det dit hen at man neppe vil kunne stille samme krav til tjenesten dersom den er gitt i en øyeblikkelig hjelp situasjon på gaten, som man ville kunne i mer kontrollerte omgivelser på et sykehus. Så med andre ord vil fordelingen av ressursene være av betydning for behandlingen av pasienten.

3.3.1 Eksempel fra en grå hverdag

Det vises ofte til mangel på ressurser i helsevesenet i dag. Man kan nesten vise eksempler fra alle sider ved tilbudet om helsetjenester. Et interessant eksempel kan være hjemmesykepleie. Hjemmesykepleien i Norge mangler stadig kvalifisert helsepersonell. Samtidig er det ofte en mangelfull organisering. Noe som stadig har vært fremme i media er hjemmesykepleiens bruk av stoppeklokke. De stresser fra pasient til pasient for å få gjort jobben til riktig tid. Dette kan ofte føre til at man ikke bruker den nødvendige tiden på en pasient. Jeg skal her vise et eksempel på ressurs mangel som fort kan føre til kumulative feil, og man vil da kunne stille spørsmålet om ikke dette er å anse som svikt eller feil ved behandlingen.

Man kan ta utgangspunkt i en pasient som trenger hjelp til sårstell. Pasienten er over 80 år, ser dårlig og har generelt dårlig helse. Her har det blitt innvilget vedtak om hjelp til sårstell. En kveld hjemmesykepleien har mye å gjøre, fører det til at pleieren unnlater å rense såret slik som nødvendig. Dette fordi helsepersonellet ut i fra egne vurderinger ikke anser såret som noe som må prioriteres. Etter endt kveldsvakt unnlater helsepersonellet å videreformidle at såret ikke har blitt rensset. Manglende journalføring fører til at neste pleier

¹⁰⁰ Ot.prp.nr.31 (1998/99) kap.18

som skal til pasienten ikke får beskjed om at såret ikke har blitt rensset. Denne pleieren har også dårlig tid neste kveld, og velger å prioritere bort sårstell hos pasienten.

Helsepersonellet gjør sine vurderinger uavhengig av hverandre, da pleieren den andre kvelden ikke var klar over at det samme var blitt skjedd kvelden i forveien. Dette kan omtales som kumulative feil. Flere feil fører til at pasienten ikke får den nødvendige behandlingen.

Den manglende behandlingen fører i dette tilfellet til at såret ikke gror slik det skal og at det stadig er problemer med det. Dette som en følge av at hjemmesykepleien ikke har fulgt opp slik de skulle på grunnlag av manglende ressurser, samt manglende journalføring. Vil man her kunne si at helsepersonellet har gjort en feil? Jeg mener det. Manglende ressurser vil her kanskje ikke være nok til å påvise feil eller svikt ved behandlingen, da man skal gå ut i fra de ressurser man har på daværende tidspunkt. Men samlingen av feil som blir gjort av helsepersonellet vil måtte kunne føre til at det påvises feil eller svikt ved behandlingen.

Det burde ikke være pasienten som skal måtte lide for at hjemmesykepleien mangler ressurser. Dessuten baseres de fleste valg i hjemmesykepleien på den aktuelle hjelpepleier. Det er en subjektiv grunn som her legges til grunn når de bestemmer hvem som trenger hjelpen mest. Slik skal det ikke behøve å være. På den annen side er ikke lett å gjøre noe med dette. Det er dessverre myndighetene som forvalter, og dermed legger grunnlaget for hvilke ressurser blant annet hjemmesykepleien vil kunne legge til grunn. Da er det opp til dem å forvalte disse best mulig, slik at flest mulig blir fornøyd.

Det samme kan tenkes der hjemmesykepleien er koblet inn for å motivere og holde et oppsyn slik at pasienten skal kunne føle seg trygg. En kveld man har litt dårlig tid vil man kanskje bare stikke hodet innenfor døren å spørre hvordan det går. De fleste svarer at det går greit, og man haster dermed videre. I ettertid kan det vise seg at pasienten trengte hjelp men var redd for å si noe fordi de ikke ville "bry noen". Hadde pleieren her brukt tiden slikt det var vedtatt ville kanskje pasienten fått den hjelpen hun trengte. Dette må anses som en svikt ved helsehjelpen. Det viser her hvordan ressursene påvirker hvilken hjelp som skal

ytes. Vil ikke dette være å komme under minimumsnivået for helsevesenet i Norge i år 2008. Det vil være en uaktsom bruk av ressursene.

3.4 Innebærer ”optimal behandling” et strengere ansvar enn ”feil og svikt ved” behandlingen?

Departementet mente at uttrykket optimal behandling språklig og reelt innebærer et strengere ansvar enn uttrykket ”feil eller svikt” gjør.¹⁰¹ Derfor valgte de bort denne formuleringen. Likevel kan det virke som at Pasientskadenemnda legger til grunn ved vurderingen av saken, om pasienten har fått ”optimal behandling”. Pasientskadenemndas avgjørelser er noe uklart begrunnet. Noen steder viser de til om pasienten har fått ”optimal behandling”, andre steder viser de til ”adekvat behandling” eller ”behandling i tråd med alminnelige medisinske retningslinjer”. Spørsmålet vil her da bli om ”optimal behandling” vil være gunstigere for pasientene enn det som var utgangspunktet i loven.

Dersom man slår opp i en norsk ordbok vil man få forklart at med optimal menes ”best mulig”.¹⁰² Man kan ut i fra dette si at hvis det skulle vært optimal behandling ville dette menes ”best mulige” behandling. Men vil dette innebære en bedre behandling enn dersom bare krever at behandlingen skal være adekvat?

Det vises stadig i avgjørelser til hvorvidt behandlingen av pasienten har vært adekvat eller ikke. Det forhold at en behandling anses å være adekvat, innebærer at den har vært medisinsk sett faglig korrekt både hva gjelder metode, teknikk og utførelse. Her skal det tas utgangspunkt i den kunnskap man hadde på behandlingstidspunktet. Dette ble lagt til grunn ved den midlertidige ordningen.

¹⁰¹ Ot.prp.nr.31 (1998/99) kap.11.4.2

¹⁰² <http://www.dokpro.uio.no/perl/ordboksoek/ordbok.cgi?alfabet=n&renset=j&OPP=optimal>

Som nevnt tidligere¹⁰³ vil man kunne ta utgangspunkt i de forventninger pasienten må kunne stille til helsevesenets behandling. Men hvor langt går dette? Man legger til grunn at en feil eller svikt ved helsetjenesten skal kunne føre til erstatning. Men hva innebærer det at man skal kunne forvente at helsepersonellet yter sitt beste? Kan en pasient kreve optimal behandling? Det kan tenkes at disse forventningene også vil kunne bli styrt ut i fra den informasjonen helsepersonellet har gitt i forkant av en eventuell behandling. Ofte vil en pasient ikke ha noe kunnskap eller kjennskap til en eventuell operasjon, og det er derfor naturlig at man oppretter forventninger til det helsepersonellet opplyser om. I enkelte tilfeller vil det kanskje være slik at pasientens subjektive forventninger, som er et grunnlag av den informasjonen helsepersonellet har gitt, vil være den avgjørende årsaken til at pasienten faktisk samtykker til å motta helsehjelp.

En Høyesterettsdom som gjelder behandling etter de midlertidige reglene er den såkalte ”Rupturdommen”¹⁰⁴. Saken gjelder erstatningskrav fra en kvinne som under fødsel fikk en overrivning av endetarmsmuskelen. Den hadde blitt sydd, men stingene hadde gått opp etter noen dager, og dette medførte at hun fikk varige skader og til slutt utlagt tarm. Hun krevde erstatning på grunnlag av at blant annet syingen ikke var god nok, men ble ikke tilkjent erstatning. Høyesterett uttalte at ” jeg legger til grunn at A ikke ville fått så alvorlige problemer med inkontinens dersom stingene ikke hadde gått opp. På den annen side må jeg også legge til grunn at syingen av totalrupturen var absolutt nødvendig, og at det ikke er skjedd noen forverring av grunnlidelsen”.¹⁰⁵ Man skulle tro at pasienten kunne ha en forventning om at stingene ville holdt, og at de dermed ikke burde ha gått opp. At stingene gikk opp burde kunne karakteriseres som en svikt ved helsehjelpen eller nærmere konkret feil. Høyesterett uttaler til sist i dommen at ”den behandlingen A fikk, må sies å ha fremstått som adekvat i den situasjon som forelå”.¹⁰⁶

¹⁰³ Disposisjon kap.3.3, s.27

¹⁰⁴ Rt.1998 s.1336

¹⁰⁵ Rt.1998 s.1336 (s.1342)

¹⁰⁶ Rt.1998 s.1336 (s.1345)

I mange av sine avgjørelser viser Pasientskadenemnda til at operasjonen ble gjennomført i tråd med gjeldende retningslinjer og prinsipper. Et eksempel er PSN-2005-820. Her uttaler de at ”det var svært god indikasjon for operasjonen og at den ble gjennomført i tråd med gjeldende retningslinjer og prinsipper”. Lignende begrunnelse ble gitt i avgjørelsen fra PSN-2007-365.¹⁰⁷ Saken omhandler en mor som krever erstatning for et dødfødt barn som følge av mangelfull oppfølging og behandling under svangerskapet. Pasientskadenemnda uttaler at ”det ikke foreligger sannsynlig årsakssammenheng mellom sykehusets oppfølging og behandling og barnets død”. De er kommet frem til at pasienten ikke har krav på erstatning. Denne avgjørelsen er litt bedre begrunnet enn den forrige. Dette ved at de går nærmere inn på hendelsesforløpet og legger til grunn at moren ”hadde fått oppfølging og behandling i tråd med alminnelige medisinske retningslinjer”.

I en avgjørelse fra Pasientskadenemnda PSN-2006-158 blir det bemerket innledningsvis at det ved vurderingen av om det foreligger erstatningsansvar ”ikke nødvendigvis kan legges til grunn en vurdering av hva som er optimal behandling. Det som skal vurderes er om behandlingen er i tråd med alminnelige retningslinjer og prinsipper på det behandlingsnivå skaden behandles på”. For meg fremstår det da som litt usikkert hva som er forskjellen på ”optimal behandling” og ”i tråd med alminnelige retningslinjer og prinsipper”. Jeg ville tro at alminnelige retningslinjer og prinsipper innebar at man skulle gi optimal behandling. Og at det dermed ville innebære en feil eller svikt at dersom dette ikke hadde blitt gjort. Begrunnelsen fra departementet var, som nevnt ovenfor, at optimal behandling ville innebære et ”strengere ansvar”¹⁰⁸. Dette samtidig som pasienten skal kunne forvente at helsevesenet skal yte sitt beste.

Man kan her trekke sammenligning til bruken av ressurser. Kan det tenkes at pasienten ville kunne fått en mer optimal behandling der ressursene hadde blitt brukt riktig? Dersom sykehuset ikke har gjort de nødvendige forberedelser, slik at pasientskaden ikke er tilstrekkelig opplyst, vil det da være en feil? Dette må kunne sammenlignes med at det ikke er blitt gitt optimal behandling.

¹⁰⁷ PSN-2007-365

¹⁰⁸ Ot.prp.nr.31 (1998/99) kap.11.4.2

I en annen avgjørelse, PSN-2006-107, hvor Pasientskadenemnda har kommet frem til at pasienten har krav på erstatning, sammenligner de svikt ved ytelsen av helsehjelp med optimal behandling. Avgjørelsen gjaldt en pasient som har fått en hundebitt i armen, og etter dette fått varige smerteplager etter behandlingen. Sykehuset anså at det var en fare for infeksjon, og de valgte derfor å la såret granulere fremfor å foreta en sekundærsutur. Dette innebærer at såret bare ble sydd en gang. Granulere innebærer at såret gror, og produserer nytt frisk vev i huden. Nemnda uttaler at ”det var en svikt ved ytelsen av helsehjelp at sykehuset valgte å la sårene granulere. Lukning av såret skal etter vanlige rutiner skje innen en uke, og det var ikke holdepunkter for at dette ikke skulle gjøres. Nemnda finner det sannsynlig at pasienten som følge av dette har fått et noe dårligere sluttresultat enn han ville hatt med en optimal behandling”. Ut i fra Pasientskadenemndas begrunnelse fremstår det som uklart om det foreligger en svikt ved ytelsen av helsehjelp fordi det ikke ble gitt optimal behandling.

I forarbeidene er det presisert at ”skadelidtes forventninger vil måtte variere etter omstendighetene”¹⁰⁹. Eksempelvis at det må stilles lavere forventninger til et feltsykehus enn til eksempel Ullevål sykehus. Her vil kompetanse spille inn. Dette kan sammenlignes med spørsmålet om best tilgjengelige behandling. Et feltsykehus vil ikke kunne ha tilgang til de samme midler som et vanlig sykehus har. Et spørsmål man da ville kunne stille er om ”vanlige” sykehus forutsettes å ha tilgang på de samme midlene? Eksempelvis Østfold sykehus sammenlignet med Akershus universitetssykehus HF (Ahus). Nå skal ikke jeg gå inn på hvilke midler disse har til disposisjon, men man skulle tro at Ahus ville ha tilgang på andre midler med tanke på at de er en universitetssykehus. Gitt at dette stemmer: Dersom man da skulle komme til Østfold sykehus for behandling av et litt spesielt tilfelle, ville det kunne innebære at man ikke får lik behandling som ved Ahus. Dette fordi Ahus da ville hatt bedre tilgang til medisinske midler. Sett at Østfold sykehus gir best mulige behandling ut i fra de midlene og de ressursene de har, vil man da kunne se på det som en

¹⁰⁹ Ot.prp.nr.31 (1998/99) kap.18

feil eller svikt at man ikke fikk optimal behandling da dette kunne blitt gitt ved et annet sykehus?

Et eksempel fra nemnds praksis, PSN-2005-779, berører dette temaet. I saken er det fremsatt krav om erstatning med bakgrunn i anførsel om forsinket diagnostisering og behandling av hjerneslag. Saken gjelder overføring fra et sykehus til et annet på bakgrunn av at det ikke kunne bli foretatt den nødvendige konsultasjonen ved det første sykehuset. På bakgrunn av sakens opplysninger er Pasientskadenemnda kommet frem til at ”pasienten i den aktuelle saken burde vært sendt til et sykehus med øyeblikkelig hjelp med MR-undersøkelse”. ”På bakgrunn av den medisinske vurderingen fra Jan Wiberg om at optimal behandling, dvs. trombolytisk behandling, måtte ha skjedd innenfor en tidsramme på 3 – 4 timer, legger nemnda til grunn at pasienten på bakgrunn av de forhold som nevnt over, ble fratatt muligheten for optimal behandling”. Ut i fra dette slår Pasientskadenemnda fast at det foreligger en svikt ved ytelsen av helsehjelp. Denne konklusjonen er fremsatt av Pasientskadenemnda og det kan virke som at det har blitt en fast praksis at behandlingen skal vurderes ut i fra om den har vært optimal.

En avgjørelse fra Lagmannsretten, LB-2006-83417, viser derimot at optimal behandling ikke skal være avgjørende for erstatningsspørsmålet. Saken gjelder spørsmål om skaden var oppstått under og i forbindelse med fødsel og om retten til erstatning etter de midlertidige reglene. I begrunnelsen blir optimal behandling kort nevnt. Lagmannsretten uttaler at ”daværende ordning på Ullevål sykehus med barnelege i annen bygning var ikke optimal, men akseptabel”. Dette viser at en behandling eller ordning ikke nødvendigvis trenger å være optimal, men derimot bare akseptabel. Det blir lagt vekt på i dommen at ”jordmor handlet adekvat og riktig i denne situasjonen, ut i fra de behandlingsmetoder og ressurser som var til disposisjon”. Her gjenspeiler det kravet pasienten har til behandlingen om at det er avgjørende hvilke midler man har til disposisjon, ikke nødvendigvis hva man kunne ha hatt.

Avgjørelsen fra PSN-2006-501¹¹⁰ gir ikke pasienten grunnlag for erstatning. Her krever pasienten erstatning på bakgrunn av at det oppsto en feilstilling etter konservativ behandling av et kravebeinsbrudd. Pasientskadenemnda mener at på bakgrunn av sakens dokumenter, og legger her vekt på den sakkyndiges uttalelser, er sykehusets valg av konservativ behandling av pasientens kravebeinsbrudd adekvat og i henhold til medisinskfaglige retningslinjer og praksis. Nemnda bemerker her at ”sykehusets valg av behandlingsmetode skal vurderes ut fra den kunnskap som forelå på behandlingstidspunktet. Selv om man i ettertid kan konstantere at pasienten fikk noen restplager etter bruddskaden, vil ikke dette i seg selv innebære at det foreligger en svikt ved ytelsen av helsehjelp som gir krav på erstatning”. Dette gir et inntrykk av at visse følger må man akseptere for å kunne bli frisk. Her kan man trekke inne dette at helsepersonellet skal yte sitt beste. Det er uttalt i forarbeidene at ”det er ikke naturlig å verne forventinger som går *lengre enn* at helsevesenet skal yte det beste ”.¹¹¹ Naturlig forståelse blir da at det ikke foreligger noen svikt når man har gjort så godt man kan. Men burde det ikke vært slik at et objektivt ansvar skulle innebære at man vil kunne ha krav på erstatning til tross for at det ikke kan bevises den konkrete feil. Man får inntrykk av at nemnda legger en form for subjektiv skyld til grunn.

Ut i fra disse avgjørelsene, som er et utdrag avgjørelser jeg har valgt, kan det virke som at det blir tillagt vekt om behandlingen har vært ansett som optimal, til tross for den ene uttalelsen fra Lagmannsretten. Pasientskadenemndas avgjørelser kan forstås dit hen at ikke-optimal behandling tillegges lik vekt som feil eller svikt. Dette må forstås slik at ”optimal behandling” ikke vil være gunstigere for pasienten, da det ser ut til at det tillegges lik vekt som feil eller svikt.

¹¹⁰ PSN-2006-501

¹¹¹ Ot.prp.nr.31 (1998/99) kap.11.2

3.5 Årsaksforhold – vurderinger av uklare fakta

Som nevnt tidligere¹¹² er det pasienten som har bevisbyrden ved pasientskader. I mange tilfeller vil dette kunne bli et problem for pasienten. Pasienten har kanskje ikke nok bakgrunnskunnskap til å kunne påvise at det er blitt begått en feil eller svikt. Men ved utarbeidelsen av Pasientskadeloven ble nettopp hensynet til pasienten vurdert. Det skulle bli enklere for pasienten å nå frem med et eventuelt erstatningskrav. Pasientskadeloven har en årsaksregel i tillegg til den omtalte bevisregelen som skal lette bevisbyrden for pasienten.

Pasientskadeloven § 3 oppstiller et unntak med henhold til at pasienten skal ha bevisbyrden. ”Dersom årsaken til en skade på en pasient ikke kan bringes på det rene, og skaden sannsynligvis skyldes ytre påvirkning på en pasient under behandlingen, skal det normalt antas at skaden skyldes feil eller svikt i helsetjenesten”. Denne regelen reduserer pasientens risiko for at erstatningskravet bortfaller på grunn av uoppklarte årsaksforhold. Dette innebærer at dersom det er usikkerhet rundt hva årsaken til pasientens skade er, men at det likevel kan legges til grunn at den skyldes en ytre påvirkning på pasienten under behandlingen, skal man som utgangspunkt legge til grunn at det foreligger tilstrekkelig årsakssammenheng. Det er i forarbeidene uttalt at ”regelen gjelder bare der det er sannsynlig at skaden skyldes ytre påvirkning, og ikke for eksempel disposisjon hos pasienten selv”.¹¹³

Dette innebærer at ”skader som oppstår under behandling og som en ikke finner noen annen forklaring på enn at det må ha skjedd en feil, antas det å skyldes inadekvat, erstatningsbetingende behandling”.¹¹⁴ Dette er en praksis som legges til grunn i Pasientskadenemnda. Et eksempel er der en pasient våkner med en vissen arm etter å ha ligget i koma. Her antas det da uten videre at dette skyldes at helsepersonellet ikke har passet på å verne pasienten mot klemskader. Det vil ikke her være noen tvil, da pasienten

¹¹² Disposisjon kap.3, Gjeldende rett

¹¹³ Ot.prp.nr.31 (1998/99) kap.18

¹¹⁴ Ot.prp.nr.31 (1998/99) kap.12

som har ligget i koma ikke ville klart å legge seg i riktig posisjon selv. Et eksempel er avgjørelsen 41/1991.¹¹⁵

Manglende journalføring er et bevismoment som er blitt brukt mot sykehus i praksis. Dette fremgår blant annet av ”Strumadommen”.¹¹⁶ I dommen ble sykehuseier kjent erstatningsansvarlig for skade påført pasienten under en strumaoperasjon. Høyesterett uttaler ”den bevisvil som dermed foreligger om operasjonen har vært gjennomført på en fullt forsvarlig og aktsom måte må, mener jeg, løses i disfavør av ankemotparten”¹¹⁷.

Dette viser at rettspraksis har blitt lovfestet i pasientskadeloven, og at dermed hensynet til pasienten er blitt forsøkt ivaretatt.

4 Slo pasientskadeloven inn åpne dører?

Sviktbegrepet er ment å skulle fange opp de tilfellene hvor det foreligger et uaktsomt forhold. Dette gjelder ikke bare i forhold til den enkelte pasient, men også organisatoriske forhold. Meningen er at forhold hos den enkelte helsearbeider som ville medført ansvarsfrihet etter culpanormen, til eksempel at man har stolt på opplysninger eller hvor det foreligger en misforståelse som ingen kan bebreides, vil innebære svikt.¹¹⁸ Men innebærer dette egentlig noe nytt i forhold til eldre rett? Er pasientskadeloven en forbedring for pasienten?

Aslak Syse nevner i sin artikkel¹¹⁹ at feilbestemmelsen ”kan være vanskelig å praktisere, så vel for Norsk Pasientskadeerstatning som for sykehusene, ved at det nå må letes etter ”feil

¹¹⁵ Ot.prp.nr.31 (1998/99) kap.12

¹¹⁶ Rt.1989 s.674

¹¹⁷Rt.1989 s.674 (s.682)

¹¹⁸ Lødrup (2006) s.211

¹¹⁹ Medisinske feil, s.40

ved” yrkesutøvingen. Men er det ikke nettopp det som blir lagt til grunn i erstatningsavgjørelser? Objektivt ansvar innebærer ”et ansvar uten skyld”. Men det kan likevel virke som om at nemnda, sykehusene og de sakkyndige legger vekt på at deres ansatte ikke har gjort noen feil, derav ingen erstatningsplikt. Det vises stadig til at behandlingen har vært i tråd med alminnelige retningslinjer og prinsipper. Dette gir et inntrykk av at det skal mye til for å kunne stille spørsmål til hvordan helsepersonellet utøver jobben sin. Dessuten kan det virke som at mange skader skyldes selve grunnlidelsen. En stor del av avgjørelsene fra Pasientskadenemnda gjelder skader, feil eller svikt ved behandlingen som tilsynelatende ikke tillegges vekt da grunnlidelsen likevel ikke ville blitt betydelig bedre.

Lødrup mener således at vi ikke har fått et objektivt pasientskadeansvar til tross for den nye loven. Han viser til at helsevirksomhet alltid inneholder risikofaktorer, som imidlertid varierer sterkt etter behandlingssituasjonen og sykdommens eller skadens karakter. Eksempel på dette er at det ved en operasjon eller fødsel kan skje ting som medfører at pasienten skades, men det betyr ikke dermed at det helt uten videre foreligger en svikt.¹²⁰

Om det foreligger svikt med grunnlag for erstatning eller om det foreligger en akseptabel risiko for svikt vil være vanskelig å avgjøre. Både rettspraksis fra Høyesterett og Lagmannsrett viser dette. Det er en utvidet bruk av sakkyndige som viser at retten ofte legger deres uttalelser til grunn da det kan være kompliserte saker som krever ekstra opplysning. Det samme gjelder ved avgjørelser fra Pasientskadenemnda.

Pasientskadenemndas avgjørelser er ofte korte og uten den altfor gjennomgående begrunnelsen. Når man leser nemndas avgjørelser kan det ofte fremstå som noe uklart hvordan de kom frem til resultatet. Ut i fra de avgjørelsene jeg har lest av Pasientskadenemnda, vil jeg si det fremstår som at ikke altfor mange vinner frem med erstatning. Dette kan sette spørsmålstegn ved om den nye loven virkelig innebar en fordel for pasienten.

¹²⁰ Lødrup (2006) s.211

Det finnes klart flere avgjørelser fra Pasientskadenemnda enn det gjør fra Høyesterett og Lagmannsrett. Rettskildemessig vil Lagmannsrettsdommer og Høyesterettsdommer tillegges mer vekt enn avgjørelser fra Pasientskadenemnda. Samtidig som de ofte avgjør spørsmål som kan anses som litt uklare, og begrunner avgjørelsene sine bedre. Der Høyesterettsdommer og Lagmannsrettsdommer avviker fra Pasientskadenemndas praksis vil det være naturlig å legge disse til grunn. Men det er også blitt vist til i Høyesterett at enkelte avgjørelser Pasientskadenemnda har lagt til grunn i sin praksis skal anses som gjeldende rett. Høyesterett har i Rt.2006 s.1217 uttalt at ”derimot må avgjørelser fra Pasientskadenemnda tillegges vekt i den utstrekning de kan tas som uttrykk for, eller ha gitt seg utslag i, en fast og konsistent praksis”.¹²¹ Pasientskadenemndas praksis blir også vist til i Rt.2008 s.218. Her uttaler Høyesterett at ”denne begrunnelsen er i samsvar med det som nemnda har uttalt i en rekke andre saker, som har gjeldt bivirkninger etter strålebehandling. Dette gjelder blant annet sak 2004/0468 (PSN- 2004-468) hvor det heter at avgjørelsen er ”i tråd med tidligere nemndpraksis”. ”¹²²

Med pasientskadeloven ble eldre rett lovfestet. At det tidligere var kjent at man kunne få erstatning etter anonyme og kumulative feil er blitt videreført i loven. Dette samtidig som man innførte et mer objektivt ansvar. Likevel kan det virke som at muligheten for å kunne få tilkjent erstatning for pasientskader er heller liten. Muligheten er selvfølgelig blitt bedre enn den var ved eldre rett, men den er allikevel ikke stor.

¹²¹ Rt.2006 s.1217 (avsnitt 38)

¹²² Rt.2008 s.218 (avsnitt 63)

5 Svensk rett

Ved utarbeidelse av norske lover blir det ofte sammenlignet med de øvrige nordiske landene og lagt vekt på deres forarbeider. Jeg har valgt å ta med svensk rett for å vise hvilke likheter som finnes, for samtidig å vise hvordan norsk rett kunne ha vært.

Sverige fikk allerede i 1975 innført en pasientforsikringsordning, ”Patientförsäkring vid behandlingskada”. Ordningen ble lovfestet i 1996, heretter omtalt som patientskadelag¹²³. Den svenske ordningen gjelder for stort sett hele helsevesenet inklusiv apotekvesenet. I tillegg til Norge har både Finland og Danmark bygget sine lover på det svenske systemet.¹²⁴

I korte trekk gir den svenske patientskadeloven erstatning for skader som ”orsakas av undersökning, vård och behandling, oriktiga diagnoser, fel hos eller felaktig hantering av medicintekniska produkter og sjukvårdsutrustning, smittämnen som överförts i samband med vården och som lett till infektion, olycksfall som inträffat i samband med vården samt oriktig hantering av läkemedel”. Retten til patientskadeerstatning bygger på den svenske frivillige pasientforsikringen. Den svenske patientskadelagen skiller seg ut fra vanlig skadeerstatningsrett på lik måte som den norske patientskadeloven. Dette ved at pasienten ikke behøver påvise at skaden har skjedd fordi helse- og sykehuspersonell har gjort seg skyldig subjektivt, men at det derimot blir erkjent erstatning på objektivt ansvar.¹²⁵

I følge patientskadelagen skal man kunne få erstatning for skade som følger av undersøkelse, behandling eller lignende som ”kunnet undvikas”.¹²⁶ De svenske forarbeidene krever årsakssammenheng mellom skaden og behandlingen for at det skal kunne kreves erstatning. Pasienten skal bære bevisbyrden. Beviskravet anses som oppfylt dersom det er ”övervägande sannolikt att det finns ett orsakssamband”.¹²⁷ Dette er likt som

¹²³ Patientskadelag 19. Juni 1996

¹²⁴ NOU 1992:6, kap.5

¹²⁵ Proposition 1995/96: 187, s.1

¹²⁶ Patientskadelag § 6

¹²⁷ Proposition 1995/96: 187, kap.8.2

i norsk rett der pasienten skal kunne kreve erstatning ”når skaden skyldes svikt ved ytelsen av helsehjelp”.¹²⁸

Den svenske loven har sitt grunnlag i den frivillige pasientforsikringen, som innebærer at pasientforsikringen objektivt utreder en skadeanmeldelse, og dersom det ikke blir funnet noen tilknytning mellom skaden og handlingen er det pasienten som må bevise at det foreligger bevis. Dette blir videreført i patientskadelagen. Dette fremgår ved at årsakssammenhengen først må klarlegges. Skaden må være en direkte følge av undersøkelsen eller behandlingen. Dersom handlingen ikke hadde blitt foretatt skulle skaden heller ikke forekommet. Deretter prøves spørsmålet om behandlingen har vært medisinsk motivert.¹²⁹

Bedømmelsen av behandlingen i den svenske loven er objektivisert på den måte at handlingen blir målt ut i fra hva en erfaren spesialist ville gjort, og ikke ut fra hva en vanlig god lege ville gjort. ”Denna bedömning sker med utgångspunkt i den erfarna specialistens kunskap vid tidpunkten för behandlingen”.¹³⁰ Dette innebærer at dersom den valgte behandlingen ikke er en godtatt behandling i praksis vil det kunne kreves erstatning. I Norge derimot skal handlingene til helsepersonell sammenlignes med det som er vanlig god praksis i vedkommende yrkesgruppe.¹³¹ Man kan ut i fra dette si at det i Sverige er et strengere krav til helsepersonellet enn i Norge. Men det trenger nødvendigvis ikke utelukke at det i Norge kan sees som en feil at spesialist ikke har blitt tilkalt for nærmere konsultasjon. Det er i forarbeidene til den norske patientskadeloven begrunnet hvorfor man ikke vil ha en slik ”spesialistregel”, ”dette vil innebære ansvar for feil som er uunngåelige ut i fra den enkeltes behandlers forutsetninger, og vil således ikke kunne virke skadeforebyggende”.¹³² Slik sett vil man kunne tro at det vil være lettere å kunne kreve erstatning etter den svenske loven, da den vil stille strengere krav til helsepersonellet.

¹²⁸ Patientskadeloven § 2

¹²⁹ Proposition 1995/96: 187, kap.8.3

¹³⁰ Proposition 1995/96: 187, kap.8.3

¹³¹ Ot.prp.nr.31(1998/99) kap.11.4.2

¹³² Ot.prp.nr.31(1998/99) kap.11.4.2

Handlingen må etter den svenske loven være medisinsk motivert. Ved vurderingen av behandlingsmetoden skal det legges til grunn det en vet om en pasient når erstatningskravet avgjøres, og ikke bare det legen visste eller kunne vite da han foretok handlingen. Dette er den såkalte "facitbedömningen". Dette kommer av at prøvelsen skjer i etterhånd hvor man da har en fasit som man kan sammenligne med. De svenske forarbeidene oppstiller følgende eksempel: en person har blitt skadet ved en operasjon. Skaden er en følge av at pasienten har en anatomi som avviker fra det normale. Ved operasjonen var ikke dette kjent. Om det hadde vært kjent, skulle operasjonen ha blitt utført annerledes, slik at skaden kunne vært unngått. Skaden vil her bli erstatningspliktig.¹³³ Dette praktiseres ikke i norsk rett. Her også stiller svensk rett strengere krav til helsehjelpen. Svensk rett skiller seg fra norsk rett ved at det ikke er kunnskapen man hadde på behandlingstidspunktet, men derimot den kunnskapen man har ved erstatningsbehandlingen som er avgjørende. Et eksempel som er brukt i forarbeidene er der en pasient som har en medfødt svakhet, som gjør at en annen behandling burde vært foretrukket, vil gi erstatning etter svensk rett. Men det samme tilfellet ville derimot ikke gitt rett til erstatning etter norsk rett. Forarbeidene til den norske loven presiserer her at "dette gjelder enten det er kunnskapen om pasienten eller den medisinske kunnskapen som har blitt bedre mellom det tidspunktet feilen ble begått og det tidspunktet erstatningsspørsmålet avgjøres".¹³⁴ En dom som viser gjeldende rett er "Rupturdommen". Her uttaler Høyesterett "at det i ettertid kan reises spørsmål om valg av en annen behandlingsmåte hadde ført til et bedre resultat, kan ikke gi grunnlag for erstatning når denne behandlingsmåte ikke måtte fremstå som den riktige på det aktuelle tidspunkt".¹³⁵

For at skaden skulle kunne vært unngått kreves det etter svensk rett ikke aktsom adferd, det er nok at skaden overhodet kunne vært unngått som til eksempel ved at det var blitt gitt en annen behandling. Dette har ikke samme gjennomslag i norsk rett. Hvis kunnskapen om pasienten eller den medisinske kunnskapen har blitt bedre mellom det tidspunktet feilen ble

¹³³ Proposition 1995/96: 187, kap.8.3

¹³⁴ Ot.prp.nr.31 (1998/99) kap.11.4.2

¹³⁵ Rt.1998 s.1336 (s.1345)

begått og det tidspunktet erstatningsspørsmålet avgjøres, er dette ikke erstatningsbetingende etter norsk rett.

Neste skadetype i den svenske loven er skade på grunn av feil i teknisk undersøkelsesapparat eller feil bruk av slike apparater. Erstatning skal gis ved skade som er forårsaket av ”fel hos eller felaktig hantering av sjukvårdsmaterial eller sjukvårdsutrustning i samband med undersökning eller behandling”.¹³⁶ Denne bestemmelsen går på det materielle. Dette er et objektivt ansvar for en type teknisk svikt som blir supplert av en feilregel. Dette innebærer at det ikke er nødvendig å vise til at apparatene har blitt brukt feil dersom det kan påvises en feil ved selve apparatet. Herunder har de en lov om produktansvar. Produktansvarslagen innebærer at det er uten betydning hva som kan være årsaken til at et produkt svikter i henhold til sikkerhet. Det er tilstrekkelig at det ”rent objektivt kan fastslås att säkerheten brister”.¹³⁷ Ansvaret etter produktansvarslagen begrenses til skader et produkt har forårsaket på grunn av en sikkerhetsbrist. Feilbegrepet i Patientskadelagen omfatter i tillegg bristende omstendigheter hos produkter som faller utenfor begrepet om sikkerhetsbrist i produktansvarslagen.¹³⁸ Det vil her til eksempel foreligge objektivt ansvar for sykehuset dersom en ansatt ikke har fulgt bruksanvisningen på et produkt og dette da fører til svikt ved apparatet. Den norske pasientskadeloven har tilsvarende regel for teknisk svikt etter lovens § 2 litra b.

Dernest kommer skader som ”orsakats av felaktiga diagnoser”. Det vises her til ”spesialistmålestokken” som er omtalt tidligere¹³⁹. Dette innebærer at en diagnose vil regnes som feil dersom en erfaren spesialist på området ville stilt en diagnose hurtigere enn det som faktisk skjedde. Men her gjelder den kunnskapen som blir lagt til grunn ved behandlingstidspunktet. Dersom det stilles en diagnose som er riktig med tanke på pasientens bakgrunn og de kunnskaper som finnes på behandlingstidspunktet, vil det ikke

¹³⁶ Proposition 1995/96: 187, kap.8.4

¹³⁷ Produktansvarslagen 1992:18

¹³⁸ Proposition 1995/96: 187, kap.8.4

¹³⁹ Disposisjon s.44

kunne kreves erstatning selv om det viser seg ved senere kunnskap at diagnosen var feil.¹⁴⁰ Dette vil være likt i norsk rett. Dersom en diagnose viser seg i ettertid å være feil, men at den virket som den mest riktige på behandlingstidspunktet vil det ikke kunne kreves erstatning.

Det er i svensk rett slik at man skiller mellom skader som ville vært unngått ved en annen behandlingsteknikk og skader som har sin årsak i metodevalget. Det er kun førstnevnte tilfelle som gir rett til erstatning. De skiller mellom dette ved først å prøve om det har blitt valgt riktig metode, dersom denne anses som riktig vil det kunne være grunnlag for å prøve om behandlingsteknikken ”gjorts i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet”. Dersom den valgte teknikken ikke er i overensstemmelse med en i praksis foretatt metode, vil det kunne gi rett til erstatning.¹⁴¹ Norsk rett skiller ikke mellom dette. Dette er begrunnet med at ”for pasienten er denne grensen likegyldig, og det kan vanskelig sies å være avgjørende grunner for et slikt skille”.¹⁴²

Det finnes flere viktige unntak fra ansvarsgrunnlaget i svensk rett. Det første er at erstatning ikke gis dersom skaden er ”en följd av nödvändigt förfarande”. Bestemmelsen kan deles i to situasjoner. Først er bestemmelsen ment å skulle dekke de situasjoner hvor behandlingsbehovet er så akutt at behandling må settes inn, til tross for at man ikke har hatt mulighet til å foreta normale forberedelser. For det andre er det ment å dekke de situasjoner hvor man er nødt til å ta risikoen ved en behandling for å kunne forebygge en svært alvorlig utvikling av pasientens skade eller sykdom. Dette skal på den annen side kun legges vekt på hvor behandlingen har blitt foretatt på grunnlag av at dersom behandlingen ikke settes inn vil det kunne føre til dirkete livstruende eller til alvorlig invaliditet. Med alvorlig invaliditet legges det her vekt på om alvorlighetsgraden og nedsatt funksjonsevne vil medføre at pasienten ikke kan vende tilbake til normal livsstil. Her skal det legges vekt på om behandlingen var nødvendig og om det ikke fantes noen annen behandlingsmulighet. Forarbeidene understreker her at dersom det ikke fantes andre behandlingsmuligheter, til

¹⁴⁰ Proposition 1995/96: 187, kap.8.5

¹⁴¹ Proposition 1995/96: 187, kap.8.3

¹⁴² Ot.prp.nr.31 (1998/99) kap.11.2

tross for at kunnskap om skaderisikoen og andre forutsetninger er oppfylt, så vil en skade som inntreffer ikke bli å betrakte som erstatningspliktig.¹⁴³

Det er som nevnt ovenfor¹⁴⁴ at det ikke skal legges til grunn i norsk rett om behandlingen har vært optimal. Det fremgår av de norske forarbeidene. Svensk rett legger heller ikke til grunn at behandlingen skal vurderes ut i fra en optimal behandlingsstandard. De legger også her til at ressursene spiller en rolle. Best mulig behandling ut i fra de tilgjengelige ressurser.¹⁴⁵

”Feil-begrepet” er nevnt i de svenske forarbeidene¹⁴⁶, men er ikke helt gitt den samme betydningen som i de norske. De bruker feil i betydningen feil diagnose, feil i teknisk undersøkelsesapparat eller feil bruk av slike apparater. Det nærmeste de kommer det norske begrepet vil kanskje være der de nevner skade som følger av undersøkelse, behandling eller lignende som ”kunnet undvikas”. At noe ”kunnet undvikas” krever ikke at skade kunne vært unngått ved aktsom adferd, det holder at den overhodet kunne vært unngått.¹⁴⁷ Det svenske ordet ”fel” kan sammenlignes med det norske ordet mangel. Dette kan understrekes ved å vise til de svenske forarbeidene der det i forslaget til bestemmelsen står ”s.k. materialskada” i parentes.¹⁴⁸ Dette er noe ulikt fra norsk rett der det ofte vil være en menneskelig svikt som ligger til grunn i tillegg.

Den svenske loven hindrer ikke at det alminnelige uaktsomhetsansvaret påberopes. Reglene i loven er stort sett gunstigere for pasientene. Dette vises ved at det stilles strengere krav til helsepersonellet etter den svenske loven, enn det gjør i Norge og den norske pasientskadeloven. Reglene gjenspeiler også at det er mindre tradisjon for helt objektive erstatningsregler i Sverige enn i Norge.

¹⁴³ Ot.prp.nr.31 (1998/99) kap.5.2.3

¹⁴⁴ Disposisjon s.32

¹⁴⁵ Proposition 1995/96: 187, s.82

¹⁴⁶ Proposition 1995/96: 187

¹⁴⁷ NOU 1992:6, kap.5

¹⁴⁸ Proposition 1995/96: 187, s.34

6 Til ettertanke

Erstatning ved pasientskader blir først avgjort ved Norsk Pasientskadeerstatning. Deretter vil en eventuell klage bli behandlet av Pasientskadenemnda. Pasientskadenemndas avgjørelse vil stå som endelig. Dersom pasienten er misfornøyd, vil han eller hun kunne bringe saken inn for domstolene. Det er ytterst få avgjørelser som kommer helt til Høyesterett. Det kan se ut til at de fleste stanser behandlingen allerede etter avgjørelsen fra Pasientskadenemnda.

At ikke flere saker kommer høyere opp i rettssystemet er litt synd. Enkelte avgjørelser er ganske ekstraordinære og vanskelige, at det på en måte ville kunne vært heldig med en avklaring fra høyere hold. Dette for å kunne slå fast rettspraksis dersom det er uenighet rundt et spørsmål og der lov, forarbeider og tidligere rettspraksis er uklar på dette punktet. På den annen side må det kunne ses slik at mange ser seg fornøyd med resultatet fra til eksempel Pasientskadenemnda, slik at det ikke er nødvendig å gå veien om domstolene.

Likevel kan man sitte igjen med en liten følelse, etter å ha lest en del avgjørelser, av at mange kanskje burde ta saken videre etter en avgjørelse fra Pasientskadenemnda. Ut i fra avgjørelsene kan det fort virke som at ytterst få vinner frem med sin klage. Det bør da nevnes at forskjellen på sakene kan vise seg å være ganske stor. Når man leser enkelte avgjørelser hvor pasienten har fått avslag, og hvor sakens opplysninger tilsier at man ut i fra en subjektiv oppfatning mener det burde gitt medhold, sitter man igjen med en følelse av urettferdighet. Samtidig har man en del avgjørelser som kanskje kan sies å ikke være fullt så relevante i forhold til erstatning, og det er ganske klart ut i fra sakens opplysninger om at pasientens anførsler ikke er holdbare.

Etter uklare begrunnelser ved avgjørelsene til Pasientskadenemnda sitter jeg igjen med en liten følelse av at det som har blitt gjort under behandlingen av pasienten nesten ikke tillegges betydning. Det kan virke som at man ikke vil kunne få medhold til erstatning hos Pasientskadenemnda likevel. Det skal kort nevnes at det er et stort spekter av hva slags saker som blir fremlagt med krav om erstatning. Erstatningskravene kan gjelde alt fra alvorlige lidelser til mindre håpløse tilfeller hvor man kan undre seg over om pasienten bare gjør et forsøk for å se om det kan innebære en liten ekstra inntekt.

Statistikk fra Pasientskadenemnda¹⁴⁹ viser at resultatet i perioden 2003 til 30.juni 2008 er at 13,8 % pasienter har fått medhold i sine klager. Dette gjelder kun realitetsbehandlede saker. Det blir her opplyst at ”medholdsprosenten for første halvår i 2008 er lavere enn tidligere”.

Samtidig stiller man seg spørsmålet om den nye Pasientskadeloven virkelig innebar noen forbedring for pasientene. Dette er drøftet flere steder ovenfor. En subjektiv oppfatning er at det kanskje har hjulpet i enkelte saker, men at det likevel er unntakene som regjerer i praksis. Man skal ha en relativt konkret sak med et alvorlig resultat for å kunne vinne frem. Og det virker ikke som at det hjelper at helsepersonellet har vært uaktsomme. Deres handlinger vil ofte anses som udiskutable og rette seg etter allmenn og kjent praksis. På den annen side har ikke pasientskadeloven tredd i kraft for den private helsetjenesten ennå. Samtidig som den heller ikke har vært i bruk for den offentlige sektor lenger enn siden 1.januar 2003. Kanskje man må gi den noen år til for å kunne se en merkbar virkning for pasientene?

7 Litteraturliste

Bøker, artikler og nettsider

¹⁴⁹ <http://www.pasientskadenemnda.no/templates/Page.aspx?id=2427>

Lødrup, Peter, Lærebok i erstatningsrett 4.utg, Oslo, 1999

Lødrup, Peter, Lærebok i erstatningsrett 5.utg, 2.opplag, Gyldendal Norsk Forlag AS, 2006

Nygaard, Nils, Aktløysevurderinga i norsk rettspraksis, Norges allmennvitenskapelige forskningsråd, 1974

Nygaard, Nils, Skade og ansvar 4.utg. 1992

Nygaard, Nils, Skade og ansvar 6.utg. Universitetsforlaget, 2007

Røsæg, Erik, Pasientskadeloven – siste stikk til pasienten? Bonus Pater Familias – festskrift til Peter Lødrup, 2002, s.549

Syse, Førde og Førde, Medisinske feil, Gyldendal Akademisk ANS, 2000

<http://jus.uio.no>

<http://www.wikipedia.no>

<http://www.dokpro.uio.no/ordboksoek.html>

<http://www.pasientskadenemnda.no>

Lover og forarbeider

Lov om skadeerstatning 13.juni nr.26, 1969

Lov om erstatning ved pasientskader mv. 15.juni nr.53, 2001

NOU 1992:6, Erstatning ved pasientskader

Ot.prp. nr.31 (1998-99), om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven)

Innst.O.nr.68 (2000-2001), innstilling fra sosialkomiteen om lov om erstatning ved pasientskader mv.(pasientskadeloven)

Patientskadelag 1996-06-19, SFS-nummer 1996:799

Produktansvarslag 1992:18

Proposition 1995/96: 187 Patiensskadelag m.m.

Rettspraksis

Høyesterettsdommer

Rt.1960 s.1235

Rt.1978 s.482 ”Røntgenstråledommen”

Rt.1980 s.1299 ”Ulnarisnervedommen”

Rt.1989 s.674 ”Strumadommen”

Rt.1990 s.768 ”HIV dommen”

Rt.1998 s.1336

Rt.2001 s.320

Rt.2006 s.1217

Rt.2008 s.218

Lagmannsrettsdommer

LB.2006-121530

LB.2006-83417

RG.1970 s.215

RG.2003 s.1441

Pasientskadenemnda

PSN-1991-41

PSN-2004-468

PSN-2005-779

PSN-2005-820

PSN-2006-107

PSN-2006-158

PSN-2006-261

PSN-2006-501

PSN-2006-693

PSN-2007-318

PSN-2007-365

PSN-2007-480

